

## نموذج ترخيص

أنا الطالب : نزار داود توفيق البكار أمتح الجامعة الأردنية و /  
أو من تفوضه ترخيصاً غير حصري دون مقابل بنشر و / أو استعمال و / أو استغلال و /  
أو ترجمة و / أو تصوير و / أو إعادة إنتاج بأي طريقة كانت سواء ورقية و / أو إلكترونية  
أو غير ذلك رسالة الماجستير / الدكتوراه المقدمة من قبلي وعنوانها.

مقتضى العقد ونصه كما في عقود المعاوضات المالية

وذلك لغايات البحث العلمي و / أو التبادل مع المؤسسات التعليمية والجامعات و / أو لأي  
غاية أخرى تراها الجامعة الأردنية مناسبة، وأمنح الجامعة الحق بالترخيص للغير بجميع أو  
بعض ما رخصته ليا.

اسم الطالب: نزار داود توفيق البكار  
التوقيع: [موقعة]  
التاريخ: ١٥ / ١٣ / ٢٠١٣

# مقتضى العقد وتطبيقاته في عقود المعاوضات المالية

إعداد

نزار داود توفيق البكار

المشرف

الأستاذ الدكتور إسماعيل أبو شريعة

قدمت هذه الأطروحة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في  
القضاء الشرعي

كلية الدراسات العليا

الجامعة الأردنية

تعتمد كلية الدراسات العليا  
هذه النسخة من الرسالة  
التوقيع: ٢٠١٣/٥/١٥

أيار، 2013م

## قرار لجنة المناقشة

نوقشت هذه الدراسة "مقتضى العقد وتطبيقاته في عقود المعاوضات المالية"  
واجيزت بتاريخ ٢٦ / ١٢ / ٢٠١٢ م.

التوقيع	أعضاء لجنة المناقشة
	الاستاذ الدكتور اسماعيل ابراهيم ابو شريعة أستاذ الفقه المقارن.
	الاستاذ الدكتور عبد ابراهيم زيد الكيلاني أستاذ الفقه وأصوله.
	الدكتور عارف خليل أبو عيد أستاذ مشارك - الفقه المقارن.
	الدكتور خالد علي بني أحمد أستاذ مشارك - الفقه وأصوله

جامعة مؤتة

تعتمد كلية الدراسات العليا  
هذه النسخة من الرسالة  
التاريخ ١٥/١٢/٢٠١٢ م

# الإهداء

إلى من أضاءوا لي طريق السعادة والنور والإيمان...

إلى والدي الذي أمرني بقوة العزم

فلنأبر من رو لبعض الإحسان...

إلى والدي التي أمرتني بالحب... فأعطتني الرفء والحنان...

إلى تولم روعي زوجتي وشريكتي... مع كل مشاعر العرفان...

إلى أولادي نور الهدي... ومحمد... وعبد الرحمن...

إلى أشقائي.. وشقيقاتي.. ومن أمرني بخالص الرعاء..

فالحب موصول "على مدى الأزمان

## الشكر والتقدير

إلى أستاذي الفاضل الأستاذ الدكتور: إسماعيل أبو شريعة أقدم الشكر  
الموصول الذي لا ينقطع، على قبوله الإشراف على أطروحتي والذي لم  
يبخل علي بنصيحة أو توجيه...

وأقدم أيضا بالشكر الموصول الذي لا ينقطع إلى أستاذي الفاضل  
ومشرفي السابق الأستاذ الدكتور: علي الصوا.

كما أتقدم بالشكر إلى أساتذتي أعضاء لجنة المناقشة على قبولهم مناقشة  
أطروحتي هذه.

فلكل أساتذتي كل معاني الشكر وخالص الدعاء.

كما وأتقدم بالشكر الموصول إلى القائمين على جامعتي الحبيبة الجامعة  
الأردنية هذا الصرح العلمي الشامخ في أردننا الحبيب.

الباحث

## قائمة المحتويات

الصفحة	الموضوع
ب	قرار لجنة المناقشة
ج	الإهداء
د	شكر وتقدير
هـ	قائمة المحتويات
ز	الملخص باللغة العربية
١	المقدمة
٨	الفصل الأول: مفهوم مقتضى العقد والمصطلحات ذات العلاقة
٩	المبحث الأول: مقتضى العقد لغة واصطلاحاً
٩	المطلب الأول: مفهوم مقتضى العقد لغة
١١	المطلب الثاني: مفهوم مقتضى العقد اصطلاحاً
٢٢	المبحث الثاني: مفهوم حكم العقد وحقوق العقد وعلاقتها بمقتضى العقد
٢٢	المطلب الأول: مفهوم حكم العقد وحقوق العقد لغة واصطلاحاً
٢٨	المطلب الثاني: علاقة مقتضى العقد بحكم العقد وحقوق العقد
٣٠	المبحث الثالث: مفهوم الباعث وعلاقته بمقتضى العقد
٣٠	المطلب الأول: مفهوم الباعث لغة واصطلاحاً
٣٢	المطلب الثاني: الباعث وعلاقته بمقتضى العقد
٣٤	المبحث الرابع: مفهوم التزامات العقد وعلاقتها بمقتضى العقد
٣٤	المطلب الأول: مفهوم التزامات العقد لغة واصطلاحاً
٣٥	المطلب الثاني: التزامات العقد وعلاقتها بمقتضى العقد
٣٨	الفصل الثاني: مقتضى العقد وعلاقته بسلطان الإرادة العقدية
٣٩	المبحث الأول: مقتضى العقد وصلته بحرية العقدية
٣٩	المطلب الأول: مقتضى العقد ومبدأ الرضائية
٤٤	المطلب الثاني: حرية التعاقد بين الشريعة والقوانين الوضعية وصلته بمقتضى العقد
٥٠	المبحث الثاني: الشروط المقترنة بالعقد تقييداً في الفقه الإسلامي وعلاقتها بمقتضاه

الصفحة	الموضوع
٥١	المطلب الأول: الاجتهادات التي ترى أن الأصل في الشروط المقترنة بالعقد الحظر إلا ما ورد الشرع بإجازته ومدى صلتها بمقتضى العقد
٦٤	المطلب الثاني: الاجتهادات التي ترى أن الأصل في الشروط المقترنة بالعقد الإباحة إلا ما دل الدليل على تحريمه، وصلتها بمقتضى العقد
٧٢	الفصل الثالث: مقتضى العقد وصلته بالمعقود عليه (محل العقد)
٧٣	المبحث الأول: ماهية المعقود عليه وشروطه
٧٣	المطلب الأول: ماهية المعقود عليه وحدود مفهومه
٧٨	المطلب الثاني: شروط المعقود عليه (محل العقد)
٨٤	المبحث الثاني: مقتضى العقد وصلته بالمعقود عليه
٨٤	المطلب الأول: مقتضى العقد وصلته بالمعقود عليه من خلال بوابة حكم العقد
٨٦	المطلب الثاني: مقتضى العقد وصلته بالمعقود عليه من حيث شروطه
٩٠	الفصل الرابع: مقتضى العقد وعقود المعاوضات المالية
٩١	المبحث الأول: ماهية عقود المعاوضات المالية وأنواعها
٩١	المطلب الأول: ماهية عقود المعاوضات المالية
٩٤	المطلب الثاني: أنواع عقود المعاوضات المالية
٩٨	المبحث الثاني: أثر مقتضى العقد على عقود المعاوضات المالية وإيراد بعض الأمثلة
٩٨	المطلب الأول: أثر مقتضى العقد على عقود المعاوضات المالية
١٠٦	المطلب الثاني: نماذج تطبيقية لأثر مقتضى العقد على عقود المعاوضات المالية
١١٢	الخاتمة
١١٥	المراجع
١٢٤	الملخص باللغة الانجليزية

## مقتضى العقد وتطبيقاته في عقود المعاوضات المالية

إعداد

نزار داود توفيق البكار

المشرف

الأستاذ الدكتور إسماعيل أبو شريعة

الملخص

تتناول الدراسة مقتضى العقد والألفاظ ذات الصلة به كحكم العقد وحقوقه، والباعث على التعاقد وما يترتب على العقد من التزامات، كما وتتناول مبدأ سلطان الإرادة وتقاطعته مع مقتضى العقد بالإضافة إلى صلة مقتضى العقد وارتباطه بالمعقود عليه (محل العقد)، وتختتم بتناول موضوع تأثير مقتضى العقد على عقود المعاوضات المالية مع عرض بعض النماذج التطبيقية في هذا المجال.

ومن أبرز ما توصل إليه الباحث هو أن وجود مقتضى العقد وتشكيله النظام الخاص بكل عقد يرتبط به برباط الوجود، يقترب كثيراً من فكرة وجود النظام العام في القوانين المدنية الحديثة سواء أكانت ذات مرجعية شرعية أو وضعية، لذا فإن الباحث يوصي بأهمية أن يكون موضوع مقتضى العقد محورا لكثير من الدراسات والأبحاث المحكمة المستقبلية حتى تبقى أهميته حاضرة في الدراسات والقوانين المدنية المعاصرة، خاصة وأنه مستند إلى كونه أحكام ثبتت بوضع الشارع الحكيم في العقود حماية لها وللعملية التعاقدية برمتها من اختلال ميزان العدل فيها.



## المقدمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، حمدا يوازي نعمه سبحانه، فأهل ربي أن يعبد وأهل أن يحمد والصلاة والسلام على من بعثه الله رحمة للعالمين.. أنار به القلوب.. وشرح به الصدور.. وفتح به أعينا عميا.. وأذانا صما.. وقلوبا غلفا.. وبعد:

إن حياة البشر لا يمكن أن تستقيم دون حركة وتفاعل وتعاقد، فالفرد مفتقر لغيره في سد حاجاته وضرورياته، فإذا ضن كل فرد بما يملك من قدرة على سد حاجات الآخرين فما السبيل إلى إخراج ما ضنّ به غير سبيل إقامة بنیان التعاقد على العدل والمساواة، وميزان العدل هذا سيبقى حلما في خيال الحالمين ما دام أن مرجعية إقامته عقل الإنسان القاصر.

نعم ربما يظهر للناظر إلى مكان ما أو إلى بقعة ما على الأرض أن ميزان العدل موجود هناك، ولكن ما يلبث أن يرتد إليه البصر حاملا مناظر الأزمات التي تعصف بحياة البشر بين حين وآخر، فميزان العدل لا يمكن إقامته على الأرض إلا بشرع رب العالمين، ومن هنا كانت قيمة الدراسات الشرعية، وعلى رأسها الدراسات المتعلقة بنظرية العقد.

ولأن مقتضى العقد جزء مهم وأصيل في بنیان نظرية العقد فقد اخترته مجالا لبحثي في هذه الأطروحة، وربطته بعقود المعاوضات المالية.

### أهمية الدراسة

تتبع أهميتها - برأي الباحث - من خلال النقاط الآتية:

**أولاً:** أنها بيان لمقتضى العقد وأثره في العقود وخاصة عقود المعاوضات.

**ثانياً:** أنها إظهار لمدى تأثير مقتضى العقد على سلطان الإرادة.

**ثالثاً:** أنها إبراز لمقتضيات العقود التي لم يترك الشارع الحكيم ترتيبها لإرادة المتعاقدين حرصاً منه على تحقيق التعادل بين الالتزامات المتقابلة بين طرفي العقد.

**رابعاً:** من أهمية البحث في العقود نفسها، فإذا كانت حياة الناس لا تستقيم دون عقود يبرمونها فيما بينهم، فإن بناء العقود دون مقتضى سينهار لفقدان العدالة وطغيان بعض أطراف العقد على بعض.

## أهداف الدراسة

يرى الباحث أن أهداف الدراسة يمكن إجمالها في النقاط التالية:

أولاً: جمع أطراف موضوع مقتضى العقد من مظانه وسكبها في قالب واحد مستقل.

ثانياً: المقارنة بين الفقهين الشرعي والوضعي -فيما يخص مقتضى العقد - وتسليط الضوء على نقاط الخلاف ونقاط الالتقاء.

ثالثاً: بيان أثر الشروط المقترنة بالعقد على مقتضى العقد.

رابعاً: بيان مدى الصلة بين مقتضى العقد والمعقود عليه (محل العقد).

خامساً: بيان مدى تأثير مقتضى العقد على عقود المعاوضات المالية.

## مشكلة الدراسة

الناظر في كتب الفقه يجد الفقهاء كثيراً ما يعبرون -عند بحثهم في أبواب العقود- بقولهم: (هذا مناقض لمقتضى العقد) وينطلقون في حكمهم هذا من أن لكل عقد حكماً أصلياً شرع من أجله هو المقصود الأصلي من شرعية العقد سموه مقتضى العقد وأن هذا الحكم من أعمال الشارع الحكيم لا من أعمال العاقد. تصب هذه الدراسة في اتجاه إظهار قضية مقتضى العقد حيث يحاول الباحث من خلال أطروحته أن يجيب عن مجموعة من الأسئلة التي ولدتها القراءة في هذا الموضوع، تتلخص بالآتي:

أولاً: ما المقصود بمقتضى العقد، وما الفرق بين مقتضى العقد وبين المصطلحات ذات العلاقة الوثيقة به كحقوق العقد والباعث على التعاقد و ما يترتب على العقد من التزامات؟.

ثانياً: ما علاقة إرادة العاقدين بمقتضى العقد، وهل هي صاحبة السلطان عليه تحديداً أو تعديلاً أو إلغاء أم أن إرادة العاقدين لا تعدو عن كونها منشئة للعقد لا أقل ولا أكثر؟.

ثالثاً: ما موقف الفقهاء من الشروط المقترنة بالعقد إن خالفت مقتضاه؟.

رابعاً: ما مدى تأثير مخالفة مقتضى العقد على عقود المعاوضات؟.

## الدراسات السابقة

لم يعثر الباحث على دراسة مستقلة تُعنى بهذا الموضوع إلا أن هناك بعض الدراسات قد ورد الحديث عن مقتضى في ثناياها، ولذلك فقد تصلح أن نعدّها دراسات سابقة لموضوعنا هنا، ولكن هناك بعض الدراسات قد تصلح أن تكون دراسات سابقة لورود الحديث عن مقتضى العقد في ثناياها.

أولاً: بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله للأستاذ الدكتور محمد فتحي الدريني (بحث الشروط المقترنة بالعقد تقييداً في الفقه الإسلامي المقارن) ط ١، بيروت، مؤسسة الرسالة وهذا البحث من أنفع البحوث والمؤلفات التي اطلعت عليها في موضوع المقتضى بعد كتاب الشيخ الزرقا - رحمه الله - ويبلغ هذا البحث تقريباً ٥٥ صفحة، بحث فيه مجال سلطان الإرادة العقدية في الفقه الإسلامي واختلاف العلماء في الشروط التقييدية المقترنة بالعقد الراجع إلى الشرط المشروع.

رأي الباحث: هذا البحث مع عظم نفعه إلا أنه أولاً: في الشروط المقترنة بالعقد وليس في مقتضى العقد.

ثانياً: أن تعرض الباحث لمقتضى العقد جاء بالقدر الذي يخدم فيه موضوع البحث الأصلي.

ثالثاً: دراسة علاء الدين مقابلة في تفسير العقد في القانون المدني الأردني بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي - علاء الدين مقابلة (وهي رسالة قدمها صاحبها لنيل درجة الماجستير في القانون من كلية الدراسات ألفتقيه والقانون في جامعة آل البيت في عام ٢٠٠٤م).

وهذا المرجع من عنوانه يتحدث عن تفسير العقد في القانون المدني الأردني بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة حيث تعرض مؤلفه في الفصل الأول للنظرية العامة في تفسير العقد وبحثه للعلاقة بين تفسير العقد ومبدأ سلطان الإرادة في المبحث الثاني من هذا الفصل وتمييز تفسير العقد عما يشته به في المبحث الثالث. ثم في الفصل الثاني لتفسير العقد في القانون الأردني.

## رأي الباحث:

أولاً: أن هذه الدراسة ليست مخصصة لبحث مقتضى العقد.

ثانياً: أنها وإن التقت بمقتضى العقد عندما بحثت مبدأ سلطان الإرادة إلا أنّ هذا البحث جاء ليخدم تفسير العقد لا مقتضاه.

ثالثاً: أنها في القانون وليست في الفقه الشرعي.

رابعاً: تحديد نطاق العقد - دراسة سوزان عبد الحميد حسين أبو السعود - (وهي رسالة ماجستير أجازت من كلية الدراسات الفقهية والقانونية قسم الفقه وأصوله في جامعة آل البيت في ٢٥-١-٢٠٠٦م وأشرف على هذه الرسالة أ.د. قحطان الدوري).

وقد تناولت هذه الدراسة الموضوعات التالية:

الباب الأول: تفسير العقد في الفقه الإسلامي والقانون المدني.

الفصل الأول: من هذا الباب عن القواعد الفقهية التي تنظم العلاقة بين الصيغة والنية في العقود.

الفصل الثالث: عن قواعد فقهيه تساعد في تحديد نطاق العقد منها قواعد العرف.

الفصل الرابع: من هذا الباب أيضاً تفسير العقد في القانون المدني الأردني.

رأي الباحث: إن هذه الدراسة في تفسير العقد وعرضها تعرضت للقواعد الفقهية التي تنظم العلاقة بين الصيغة، والنية في العقد فإنها تعرضت بالقدر الذي يخدم تفسير العقد لا مقتضاه.

رابعاً: محل العقد في الفقه الإسلامي - دراسة عيسى يوسف البوسعيدي - (وهي رسالة اشرف عليها الأستاذ الدكتور محمود السرطاوي وقدمت لكلية الدراسات العليا في الجامعة الأردنية لنيل درجة الماجستير في الفقه و أصوله عام ١٩٩٥).

التقت هذه الدراسة بموضوع مقتضى العقد وتطبيقاته في عقود المعاوضات في:

أولاً: ما بحثه مؤلفها في الفصل الأول تحت عنوان محل العقد وشروطه حيث ميز في المبحث الأول بين محل العقد وموضوع العقد، إذ أن موضوع العقد واحد ثابت غير مختلف في كل أفراد النوع الواحد من العقود بينما المحل يختلف باختلاف نوع العقد، فمثلاً الموضوع في كل عقد بيع إنما هو نقل ملكية المبيع إلى المشتري بينما المحل في عقد البيع عين ماله.

ثانياً: ما بحثه في الفصل الثالث تحت عنوان محل العقد في عقود المعاوضات.

رأي الباحث: هذه الدراسة في محل العقد في الفقه الإسلامي وتقاطعها مع مقتضى العقد جاء بالقدر الذي يخدم فيه الموضوع الرئيس لها.

ما ستضيفه هذه الدراسة - مقتضى العقد وتطبيقاته في فقه المعاوضات - لما سبقها من دراسات فهو:

أولاً: أنها مخصصة لمقتضى العقد كموضوع رئيس أما الدراسات الأخرى فلم تتناوله إلا عرضياً وليس بحثاً مستقلاً.

ثانياً: أنها مهتمة بجمع أطراف موضوع مقتضى العقد من مظانه وجعلها في بنيان واحد، أما الدراسات الأخرى فبحثها لمقتضى العقد جاء بالقدر الذي يخدم فيه المواضيع الرئيسة لتلك الدراسات.

### منهج البحث:

سيعتمد الباحث في أطروحته هذه:

أولاً: على منهج الاستقراء فيما يخص المادة العلمية وجمعها من مظانها مع أمانة العزو.

ثانياً: على منهج التحليل فيما يخص المادة العلمية المجموعة، لأن دور الباحث أن يحلل ويناقش ويضيف لا أن يكون فقط مجرد جامع أو ناقد، وقد يقتضي المقام على عقد المقارنة بين أقوال الفقهاء بعضها ببعض هذا من جهة، ومن جهة أخرى مقارنة أقوالهم مع ما يترجح من القانون المدني الأردني.

### محتوى البحث:

قسمت رسالتي إلى مقدمة وأربعة فصول وخاتمة على النحو التالي:

المقدمة.

### الفصل الأول: (مفهوم مقتضى العقد والمصطلحات ذات العلاقة)

المبحث الأول: معنى مقتضى العقد في اللغة والاصطلاح.

المطلب الأول: معنى مقتضى العقد لغة.

المطلب الثاني: معنى مقتضى العقد اصطلاحاً.

المبحث الثاني: معنى دلالة الاقتضاء الأصولية وعلاقتها بمقتضى العقد.

المطلب الأول: معنى دلالة الاقتضاء عند علماء أصول الفقه.

المطلب الثاني: دلالة الاقتضاء الأصولية وصلتها بمقتضى العقد.

المبحث الثالث: معنى حكم العقد وحقوق العقد وعلاقتها بمقتضى العقد.

المطلب الأول: معنى حكم العقد وحقوق العقد لغة واصطلاحاً.

المطلب الثاني: علاقة مقتضى العقد بحكم العقد وحقوق العقد

المبحث الرابع: معنى الباعث لغة واصطلاحاً وعلاقته بمقتضى العقد.

المطلب الأول: معنى الباعث لغة واصطلاحاً.

المطلب الثاني: الباعث وعلاقته بمقتضى العقد.

المبحث الخامس: التزامات العقد معناها وعلاقتها بمقتضى العقد.

المطلب الأول: معنى التزامات العقد في اللغة والاصطلاح.

المطلب الثاني: التزامات العقد وعلاقتها بمقتضى العقد.

## الفصل الثاني: (مقتضى العقد وعلاقته بسلطان الإرادة العقدية)

المبحث الأول: مقتضى العقد وصلته بحرية التعاقد.

المطلب الأول: مقتضى العقد ومبدأ الرضائية.

المطلب الثاني: حرية التعاقد بين الشريعة والقوانين الوضعية وصلة ذلك بمقتضى

العقد.

المبحث الثاني: الشروط المقترنة بالعقد تقييداً في الفقه الإسلامي وعلاقتها بمقتضاه.

المطلب الأول: الاجتهادات التي ترى أن الأصل في الشروط المقترنة بالعقد الحظر

إلا ما ورد الشرع بإجازته ومدى صلتها بمقتضى العقد.

المطلب الثاني: الاجتهادات التي ترى أن الأصل في الشروط المقترنة بالعقد الإباحة

إلا ما دل الدليل على تحريمه، وصلتها بمقتضى العقد.

الفصل الثالث: مقتضى العقد وصلته بالمعقود عليه (محل العقد).

المبحث الأول: ماهية المعقود عليه وشروطه.

المطلب الأول: ماهية المعقود عليه وحدود مفهومه.

المطلب الثاني: شروط المعقود عليه (محل العقد).

المبحث الثاني: مقتضى العقد وصلته بالمعقود عليه.

المطلب الأول: مقتضى العقد وصلته بالمعقود عليه من خلال بوابة حكم العقد.

المطلب الثاني: مقتضى العقد وصلته بالمعقود عليه من خلال الشروط المتعلقة

بالوجود والتسليم والمعلومية.

الفصل الرابع: (مقتضى العقد وعقود المعاوضات المالية)

المبحث الأول: ماهية عقود المعاوضات المالية وأنواعها.

المطلب الأول: ماهية عقود المعاوضات المالية.

المطلب الثاني: أنواع عقود المعاوضات المالية.

المبحث الثاني: أثر مقتضى العقد على عقود المعاوضات المالية وإيراد بعض الأمثلة.

المطلب الأول: أثر مقتضى العقد على عقود المعاوضات المالية.

المطلب الثاني: أمثلة تطبيقية.

الخاتمة.

أسأل الله سبحانه وتعالى أن يتقبل مني عملي.. فإن أصبت فتوفيقه وحده وإن أخطأت

فمن نفسي والشيطان.. وصى اللهم وبارك على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

## الفصل الأول

### (مفهوم مقتضى العقد والمصطلحات ذات العلاقة)

المبحث الأول: مفهوم مقتضى العقد لغة واصطلاحاً.

المبحث الثاني: مفهوم حكم العقد وحقوق العقد وعلاقتها بمقتضى العقد.

المبحث الثالث: مفهوم الباعث لغة واصطلاحاً وعلاقته بمقتضى العقد.

المبحث الرابع: التزامات العقد معناها وعلاقتها بمقتضى العقد.



## المبحث الأول

### مفهوم مقتضى العقد لغة واصطلاحاً

#### المطلب الأول: مفهوم مقتضى العقد لغة:

مقتضى العقد مركب إضافي يحتاج للوقوف على دلالاته اللغوية الفصل بين جزئيه فيكون البحث في هذه الدلالات على هذا النحو:

الفرع الأول: معنى مقتضى لغة.

الفرع الثاني: معنى العقد لغة.

#### الفرع الأول: مفهوم مقتضى لغة:

مُقْتَضَى اسم مفعول من الفعل اقْتَضَى واسم الفاعل منه مُقْتَضٍ، والمصدر اقتضاء.

الطلب<sup>(١)</sup>، والاستلزام<sup>(٢)</sup>، والأخذ<sup>(٣)</sup>، والدلالة<sup>(٤)</sup>، والاستدعاء<sup>(٥)</sup>، والاستيجاب<sup>(٦)</sup> فيقال:

"اقْتَضَى" الدين طلبه، وافعل ما "يقْتَضِيه" كرمك: ما يطالبك به وسهل "الاقتضاء" الطلب، و"اقتضيت" مالي عليه: أخذته وقبضته، و"اقتضى" الأمر الوجوب: دل عليه، و"اقتضى" الحال كذا: استدعاه واستوجبه، و"اقتضى" أمراً استلزمه، و"اقتضى" منه حقه: أخذه.

(١) الحسيني، محب الدين أبو فيض السيد محمد مرتضى، تاج العروس من جواهر القاموس، (دراسة وتحقيق: علي شيريني)، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ٨٧/٢٠، والزمخشري، جار الله أبو القاسم محمود بن عمر، أساس البلاغة، الطبعة ١، قراءة وضبط وشرح: محمد طريفي، دار صادر، بيروت، (١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م)، ص: ٥١٥.

(٢) مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط مادة (قضي)، ط ٤، مكتبة الشروق الدولية، مصر، ١٤٢٥-٢٠٠٤م، ١/٧٤٣.

(٣) ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي، لسان العرب، (٩) مجلدت، دار الحديث، القاهرة (١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م)، ٧/٤٠٧.

(٤) الحسيني، تاج العروس، ٨٧/٢٠.

(٥) البستاني، بطرس، محيط المحيط، ١٧٢٦/٢ قاموس مطول للغة العربية، بدون طبعة ولا دار نشر مجموعة كتب محمد العدناني.

(٦) البستاني، محيط المحيط ١٧٢٦/٢

و(مقتضى) الحال عند البيانين<sup>(١)</sup>: ما يدعو إليه الأمر الواقع كالتأكيد في خطاب المنكر. ولعل الجامع بين هذه المعاني كلها أنها تدل على إحكام أمر وإتقانه وإنفاذه إلى جهته<sup>(٢)</sup> إذن فالمقتضى لغة هو المطلوب والمستلزم والمأخوذ والمدلول عليه وهو المستدعى وهو المستوجب، وسنلاحظ أن هذه المعاني حاضرة في المعنى الاصطلاحي عند بحثه بإذن الله.

### الفرع الثاني: العقد لغة:

العقد في اللغة: الربط والشد مع شدة وثوق.

جاء على لسان ابن فارس: (العين والقاف والداد أصل واحد يدل على شد وشدة وثوق وإليه ترجع فروع الباب كلها)<sup>(٣)</sup>.

وجاء في لسان العرب: (العقد نقيض الحل، عقده يعقده عقدا وتعقادا وعقده ومنه عقدة النكاح. وعقدت الحبل فهو معقود، وكذلك العهد.

والعقد: العهد. والجمع عقود، وهي أوكد العهود، ويقال: عهدت إلى فلان في كذا وكذا وتأويله أزمته ذلك فإذا قلت: عاقدته أو عقدت عليه فتأويله أنك أزمته ذلك باستيثاق)<sup>(٤)</sup>.

وفي الصحاح: (عقدت الحبل والعهد والبيع فانعقد، والعقدة بالضم: موضع العقد، وهو ما عقد عليه. والعقدة بالضم: موضع العقد، وهو ما عقد عليه، والعقدة: الضيعة، والعقدة: المكان الكثير الشجر أو النخل، ويقال للرجل إذا سكت غضبه: تحللت عقده.

والعقد بالكسر: القلادة، والعقد أيضا بكسر القاف: ما تعقد من الرمل، أي تراكم الواحدة عقدة.

وتعقد الرمل والخيط وغيرهما، وخيوط معقدة شدد للكثرة، وكلام معقد: أي مغمض ويقال رجل أعقد وعقد، للذي في لسانه عقدة، وقد عقد لسانه يعقد عقدا، واعتقد ضيعة ومالا أي اقتناها. واعتقد الشيء: أي اشتد وصلب، واعتقد كذا بقلبه)<sup>(٥)</sup>.

(١) البستاني، محيط المحيط: ١٧٢٨/٢

(٢) ابن فارس، أبو الحسين أحمد، معجم مقاييس اللغة، (اعتنى به: الدكتور محمد عوض مرعب والأنسة: فاطمة محمد أصلان)، الطبعة الأولى، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ٢٠٠١م، ص ٨٦١

(٣) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ٨٦/٤

(٤) ابن منظور، لسان العرب، ٣٥٣/٦-٣٥٦

(٥) الجوهري، أبو نصر إسماعيل بن حماد، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، (تحقيق: الدكتور: إميل بديع يعقوب والدكتور: محمد نبيل الطريفي)، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ١١٠/٢-١١١

وعليه فالعقد يطلق ويراد به الشد والربط وكان هذا المعنى في أصل اللغة حسيا ولا أدل على ذلك من قولهم: عقدت الحبل أي ربطته ثم انتقل هذا المعنى الحسي إلى الأيمان والعهود والعقود ونحوها ليصبح معنويا فما عقدة النكاح - على سبيل المثال - إلا كذلك.

ثم إن هذا الربط والشد المعنوي للعقد لغة انتقل لمفهومه الاصطلاحي وأصبح حاضرا بقوة في هذا المفهوم كما سيرى عند البحث لاحقا.

### المطلب الثاني: مفهوم مقتضى العقد اصطلاحا:

قبل البحث في مفهوم مقتضى العقد لا بد لنا أولا من تحديد مفهوم العقد نفسه، ذلك أن المقتضى - موضوع بحثنا - تابع للعقد يدور معه حيث دار ولا يعرف إلا به، ومن ثم فإن البداية ستكون مع تحديد مفهوم العقد لننتقل بعد ذلك إلى بغيتنا وهي تحديد مفهوم مقتضى العقد اصطلاحا.

#### أولا: مفهوم العقد اصطلاحا:

للعقد عند فقهاء الشريعة معنيان:

**الأول: معنى عام** يستمد من سعة المدلول اللغوي للعقد بحيث يشمل كل ما عقد الشخص العزم عليه على وجه الإلزام سواء أكان بإرادة منفردة أو بإرادتين، وبناء عليه فقد انضوى تحت هذا المدلول النذور والأيمان والعهود والعبادات من صلاة وصيام وحج وعمرة بالإضافة إلى الوديعة والعارية والوصية والقرض والجعالة والهبة والرهن والبيع والصرف وغيرها فهي كلها تسمى عقودا وفق هذا المعنى العام.

ووجه ذلك أنها كلها تتضمن إلزام الشخص نفسه أو غيرها الوفاء بما عزم عليه.

قال أبو بكر الرازي: (العقد ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو أو يعقد على غيره فعله على وجه إلزامه إياه لأن العقد إذا كان في أصل اللغة الشد ثم نقل إلى الأيمان و العقود عقود المبيعات ونحوها فإنما أريد به إلزام الوفاء بما ذكره وإيجابه عليه... فيسمى البيع والنكاح والإجارة وسائر عقود المعاوضات عقودا لأن كل واحد منهما قد ألزم نفسه التمام عليه والوفاء به، وسمي اليمين على المستقبل عقدا لأن الحالف قد ألزم نفسه الوفاء بما حلف عليه من فعل أو ترك والشركة والمضاربة ونحوها تسمى أيضا عقودا لما وصفنا من اقتضائه الوفاء بما شرطه

على كل واحد..... وكذلك العهد والأمان لأن معطيها قد ألزم نفسه في شيء يفعله في المستقبل فهو عقد<sup>(١)</sup>.

وقال صاحب كتاب القواعد: (العقود على قسمين: ما ينفرد به الإنسان، وما لا بد فيه من الاثنين، فالأول عشرة أنواع: النذر و الأيمان ويدخل فيها الإيلاء والظهار والطلاق والعتاق والوقف على غير معين والحج والعمرة والصوم والصلاة إلا في الجمعة فإنه يتوقف على الغير.

والثاني: ما لا بد فيه من اثنين وهو أربعة أنواع.....)<sup>(٢)</sup>.

**الثاني: المفهوم الخاص<sup>(٣)</sup>:** قيد المفهوم العام مع اشتماله على الربط ليصبح العقد بناءً على هذا التقييد ربطاً بين كلامين يترتب عليه أثر شرعي والتزام يظهر في المحل أو المعقود عليه. وإذا استعرضت كل التعريفات في هذا الباب لوجدت أن هذا المضمون مشترك بينها كلها، فصاحب كتاب التعريفات الإمام الجرجاني يقول: (العقد ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول)<sup>(٤)</sup>.

ويعرفه صاحب رد المحتار على الدر المختار: (بأنه مجموع إيجاب أحد المتكلمين مع قبول الآخر أو كلام الواحد القائم مقامهما أعني متولي الطرفين)<sup>(٥)</sup>.

وفي المادة ٢٦٢ من مرشد الحيران (ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يظهر أثره في المعقود عليه)<sup>(٦)</sup> وبهذا التعريف أخذ القانون المدني الأردني في مادته السابعة والثمانين.

(١) الرازي، حجة الإسلام أبو بكر أحمد بن علي، أحكام القرآن، (تحقيق محمد الصادق قمحاوي)، دار إحياء التراث العربي بيروت، لبنان، ٢٨٤/٣

(٢) انظر: الحصري، تقي الدين أبو بكر محمد بن عبد المؤمن ت ٨٢٩هـ، كتاب القواعد (تحقيق: د جبريل بن محمد حسن البصيلي)، مكتبة الرشد، الرياض، الجزء الرابع ص: ١٢٢

(٣) ومعنى هذا العقد هو الذي يعنينا في دراستنا هذه فإذا أطلقناه فإنما نقصد هذا المعنى وهذا المفهوم.

(٤) الجرجاني، علي بن محمد، معجم التعريفات، (تحقيق ودراسة محمد صديق المنشاوي)، دار الفضيحة للنشر والتوزيع والتصدير، القاهرة-ص ١٩١

(٥) ابن عابدين، محمد أمين، رد المحتار على الدر المختار، ط ١، (تحقيق محمد صبحي حلاق وعامر حسين)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٤١٩-١٩٩٨م، الجزء ٤ ص ٥٢.

(٦) قدرني، محمد باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، دار الأفاق العربية، القاهرة، ١٤٢٤، مادة ٢٦٢، ص ٦٥.

وأخذ القانون المدني الأردني هذه المادة بنصها وجعلها المادة (٨٧) منه والتي جعلها تعريفا للعقد.

وأما مجلة الأحكام العدلية فتعريفها للعقد لا يبعد كثيرا عما هو عند صاحب مرشد الحيران، ففي المادة ١٠٣ من المجلة جاء فيها أن العقد: (ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره المحل)<sup>(١)</sup>.

والملاحظ فيما تقدم من تعاريف أن العقد بالمفهوم الخاص قائم على ارتباط إرادتين، وهذا الملحظ يرى جليا في تقسيم ابن قدامة<sup>(٢)</sup> - رحمه الله - للعقود حيث يقسمها إلى ستة أضرب أولها: عقد لازم يقصد منه العوض كعقد البيع وما هو في معناه، والثاني: عقد لازم لا يقصد به العوض كعقد النكاح، والثالث: لازم من أحد طرفيه دون الآخر كالرهن، والرابع: عقد جائز بين الطرفين كعقد الشركة، والخامس: ما هو متردد بين اللزوم والجواز كعقد

الحوالة، فهذه الأنواع الستة وإن كان المعنى المراعى في تقسيمها هو اللزوم أو عدمه إلا أنها احتوت كلها على ما كان بإرادتين وبالتالي لم يدخل في أقسامها ما كان بإرادة واحدة، فكأن ابن قدامة هنا قسم لنا العقود والتي هي بالمفهوم الخاص انطلاقا من اعتبار اللزوم أو عدمه لكل طرف من أطراف العملية التعاقدية.

رأي الباحث: إن الفقهاء قاموا باستخدام العقد كمصطلح العقد ليدل على أحد معنيين، إما أن يكون المقصود في ذلك المعنى العام أو أن يكون المقصود المعنى الخاص.

والقضية هنا برأي الباحث في عرضه المعنيين ليست قضية ترجيح بقدر ما هي قضية استخدام وردت على ألسنة الفقهاء، ولكن ثمة قضية أخرى هنا تاف إلى هذا وهي أن المعنى الخاص هو الأشهر خاصة في زماننا وهو المعنى الذي تدور حوله ما يعرف بنظريات العقود ولذلك فإننا سنقصر استخدامنا للعقد في هذه الأطروحة على المعنى الخاص.

وإذا انتقلنا لتعريف العقد عند فقهاء القانون الوضعي، فسنجده قريبا من تعريفه عند فقهاء الشريعة إذ يعرفه السنهوري - رحمه الله - بأنه: (توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني سواء كان ذلك الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو إنهاؤه)<sup>(٣)</sup>.

(١) حيدر، علي، در الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب المحامي فهمي الحسيني، المطبعة العباسية، حيفا (١٣٤٣هـ - ١٩٢٥م)

(٢) انظر: ابن قدامة، أبو محمد عبدالله بن أحمد، المغني على مختصر الخرقي، ط ١، (ضبطه وصححه: عبدالسلام محمد علي شاهين)، دار الكتب العلمية - بيروت - (١٤١٤ - ١٩٩٤) - الجزء الثالث، ص: ٤٢٠ - ٤٢١.

(٣) السنهوري، عبد الرزاق، أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية، ج ١، ص ١٣٨.

وتعرفه محكمة النقض المصرية بأنه: (كل اتفاق يراد به إحداث أثر قانوني) (١).

ويعرفه أنور طلبه بأنه (كل تصرف قانوني صادر عن رضاء يعتد به القانون ويقصد به إحداث مركز قانوني) (٢)

### خلاصة القول:

أولاً: أن الفقهاء باستخدامهم معنى عام أو خاص للعقد إنما انطلقوا من المدلول الواسع لكلمة العقد في اللغة، فالعقد بالمعنى العام أو الخاص ما هو إلا حصر وتقييد للمعنى اللغوي كما يذكره الشيخ أبو زهرة - رحمه الله - (٣).

ثانياً: أن التعريفات التي ورد فيها العقد بالمعنى الخاص متقاربة ومضمونها واحد وإن اختلفت تعبيرات القانونيين عن فقهاء الشريعة إلا أنها اتفقت على أن العقد بالمعنى الخاص لا يكون إلا بإرادتين.

ثالثاً: أن مفهوم العقد عند القانونيين لا يبعد كثيراً عما هو عند فقهاء الشريعة وإن كانت تعريفات فقهاءنا أدق تصويراً وأحكم منطقاً. كما يقول الشيخ الزرقا (٤) بينما تعريفات القانونيين أوضح تصويراً وأسهل فهماً في طرق التعليم.

### ثانياً: مفهوم مقتضى العقد اصطلاحاً:

العقود ليست مقصودة لذاتها وإنما لما تحققه لأطرافها من قصود وغايات، فإذا كان أطراف العقد منهم القوي ومنهم الضعيف فإنَّ الشارع - جعل ما يترتب على العقود من آثار من إعماله لا من إعمال العاقدين ذلك ليتحقق العدل فلا يتغول الطرف القوي على الطرف الضعيف، ومن هنا نشأ ما يعرف عند العلماء بمقتضى العقد، فما حقيقة هذا المفهوم؟

(١) طلبه، أنور، المطول في شرح القانون المدني، ط١ (٢٠٠٤م)، المكتب الجامعي الحديث الإسكندرية، ٢٠٠٤م،

ج ٢ ص ٣٤٦

(٢) المرجع السابق ٣٤٦/٢

(٣) أبو زهرة، محمد، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، ص: ١٩٩

(٤) الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي، ط١، دار القلم، دمشق، (١٤١٨هـ - ١٩٩٨م) ج١ ص ٣٨٥

وللإجابة عن هذا السؤال يعرض الباحث التعريفات التالية:

**أولاً:** جاء في شرح فتح القدير على الهداية في معرض حديث الشارح عن الشروط المقترنة بالعقود قوله (ما يقتضيه العقد وهو الذي يفيد ما يثبت بمطلق العقد)<sup>(١)</sup> فما يثبت بمطلق العقد من أحكام هو مقتضى ذلك العقد بحيث لو أن أحد العاقدين أراد أن يثبت ذلك بالشرط لم يصف الشرط شيئاً جديداً لأن مقتضى ذلك العقد يتضمن ذلك الحكم أو الأثر، ولا يعدو الشرط هنا عن كونه بيان وتأكيد لما جاء به المقتضى.

ولذلك نجد الشارح لما مثل لذلك ذكر شرط الملك للمشتري وشرط تسليم الثمن أو المبيع.

وهذه الأحكام ثابتة بمطلق العقد ولا تحتاج إلى اشتراط لأنها من مقتضاه.

**ثانياً:** جاء في الفتاوى الهندية ما نصه: " ((أما إن كان شرطاً يقتضيه العقد ومعناه: أن يجب بالعقد من غير شرط)) ثم ذكر شرط تسليم المبيع على البائع وشرط الثمن على المشتري."<sup>(٢)</sup> فمقتضى العقد بناء على هذا هو ما يجب بالعقد من أحكام، ولذلك قال عن الشرط في هذا الباب: أن يجب بالعقد دون اشتراط.

وقفه مع ما سبق:

نفهم من التعريفين السابقين أن مقتضى العقد هو: ما يثبت أو يجب بمطلق العقد من أحكام بقطع النظر عن كون<sup>(٣)</sup> تلك الأحكام أصلية (الملك) أو تبعية (تسليم المبيع) ما دام أن تلك الأحكام بجعل الشارع لا بشرط العاقدين. وقلنا بجعل الشارع لأنها القضية التي قام عليها أساس مفهوم مقتضى العقد وسنراها عند صاحب التعريف الثالث كما سنراها أيضاً عند بحثنا الشروط المقترنة بالعقد.

**ثالثاً:** من العلماء المعاصرين الذين تعرضوا لمفهوم مقتضى العقد اصطلاحاً: الشيخ الزرقا حيث يذكر: " أن لكل عقد في الشرع أحكاماً أساسية تسمى "مقتضى العقد" نص عليها الشرع

(١) ابن الهمام، محمد بن عبد الواحد، شرح فتح القدير على الهداية، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، (١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م)، ج٦، ص٤٠٤

(٢) نظام، الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية المعروفة بالفتاوى العالمية، (ضبط وتحقيق عبد اللطيف حسن عبد الرحمن)، ط١، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت / لبنان، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م، ٣/١٤٢

(٣) هذا الفهم من خلال: أولاً: المدلول الواسع لكلمتي ما يثبت وما يجب بالعقد دون أي تقييد خاصة من صاحب التعريف الثاني، ثانياً: التمثيل بالحكم الأصلي-الملك-والأحكام التبعية-التسليم- من قبل صاحب التعريف الأول، ثالثاً: أن صاحب التعريفين من مدرسة فقهية واحدة.

مباشرة أو استتبطها الاجتهاد وأثبتها حفظا للتوازن بين العاقدين في الحقوق<sup>(١)</sup>(٢)، ويسمى في موضع آخر بالالتزامات الناشئة بالعقد والتي هي من ترتيب الشارع كوجوب تسليم المبيع والتمن بعد البيع.

ويفرق بين هذه الأحكام وبين الحكم الأصلي للعقد، فبعد أن ينقل تعليقا لابن عابدين على قول صاحب الدر المختار (وحكمه أي حكم البيع ثبوت الملك) قال ابن عابدين "أي ثبوت الملك في البدلين: لكل منهما أي المتبايعين في بدل.

وهذا حكمه الأصلي: والتابع (أي حكمه التبعي) وجوب تسليم المبيع والتمن وثبوت الشفعة لو المبيع عقارا<sup>(٣)</sup>.

يقول الزرقا: (فأفاد كما نرى، أن للبيع حكما أصليا واحدا هو نقل الملكية بعوض، وأحكما تابعة لذلك الحكم الأصلي)<sup>(٤)</sup>.

ثم يذكر أن هذه الأحكام التبعية هي ما نسميه اليوم بالالتزامات الناشئة بالعقد، وهي غير الحكم الأصلي وأن هذه الالتزامات ما كان منها من ترتيب الشارع بحيث يثبت دون اشتراط من أحد العاقدين يسمى مقتضى العقد، كوجوب تسليم المبيع والتمن بعد البيع.

قلت: وبناءً عليه فإن مقتضى العقد تابع لما يعرف بحكم العقد وبالتالي فإنه - أي المقتضى - سيكون في مرتبة ثانية من حيث الأهمية وسيكون في وضع التابع لحكم العقد.

رابعاً: وأيضا من العلماء المعاصرين الدكتور الدريني حيث يذكر في بحثه الشروط المقترنة بالعقد تعريفاً يختلف عما سبقه إذ يقول: (على أنه لكل عقد حكما أصليا شرع من أجله، هو المقصود الأصلي من شرعية العقد، ويطلق عليه "مقتضى العقد"، أو غايته النوعية،

(١) الزرقا، ١/١٩٩٨، ٥٤٩

(٢) عرف الدكتور الزحيلي مقتضى العقد في هامش ص: ٢٠٣ من الجزء الرابع (النظريات الفقهية والعقود) حيث قال: (مقتضى العقد: هو الأحكام الأساسية التي قررها الشارع لكل عقد، سواء بالنص عليها مباشرة أو باستنباط المجتهدين بقصد تحقيق التوازن في الحقوق بين العاقدين. وهذا التعريف كما نرى مماثل لتعريف الشيخ الزرقا والاختلاف بينهما فقط في الصياغة إلا أن الدكتور الزحيلي خالف الشيخ الزرقا عندما مثل بالملك - الحكم الأصلي للعقد في صلب تلك الصفحة قال: (مثال الشرط الذي يقتضيه العقد: اشتراط البائع تسليم الثمن أو حبس المبيع حتى أداء جميع الثمن واشتراط المشتري تسليم المبيع أو تملكه... فهذه شروط تبين مقتضى العقد أو توافق مقتضاه لأن ثبوت الملك والتسليم والتسلم وحبس المبيع من مقتضى المعاوضات). انظر الزحيلي، وهبة، الفقه الاسلامي وأدلته، ط٣، دار الفكر، دمشق، ١٤٠٩-١٩٨٩، الجزء الرابع، ص: ٢٠٣

(٣) الزرقا، انظر المدخل الفقهي، هامش الجزء الأول (٥١٧ - ٥١٨)

(٤) المرجع السابق، هامش الجزء الأول (٥١٧ - ٥١٨)



كانتقال ملكية المبيع إلى المشتري تلقائياً فور إنشاء عقد البيع..... إلى أن يقول: وغير ذلك من المقتضيات للعقود التي تتنوع بحسب طبيعة كل عقد<sup>(١)</sup>.

أما أحكام العقد الأخرى، من حيث تسليم الثمن وأداء بدل المنفعة أو الأجرة، ووجوب ضمان العين المرهونة على المرتهن، فليست أصلية وإنما هي التزامات وتكاليف تابعة، إذن فمقتضى العقد -عند الدريني- هو: المقصود الأصلي من شرعية العقد، وهو عنده مرادف لما يعرف بحكم العقد أو غايته النوعية.

ما يترأى للباحث من التعريفات السابقة:

**أولاً:** لا يوجد اتفاق على مفهوم واحد لمقتضى العقد فيما نقل من تعريفات، فبينما يفهم من التعريف الأول والثاني أنه: ما يثبت أو يجب بمطلق العقد من أحكام سواء أكانت حكماً أصلياً أو أحكاماً تبعية فكلا النوعين من الأحكام داخل في هذا المفهوم، وأما التعريف الثالث فنجد أن الزرقا قصر مفهوم مقتضى العقد على الأحكام التبعية للعقد.

وأما الدريني في التعريف الرابع فقد خالف الزرقا بجعل الحكم الأصلي للعقد هو المقصود بالمقتضى لا الحكم التبعي.

**ثانياً:** استند الزرقا إلى أن المرجع في هذا النوع وتحديد ما يدخل في مقتضى العقد هو نصوص الشريعة وآراء الفقهاء في الباب المخصوص لكل عقد من العقود المسماة أي المعينة.

**ثالثاً:** لم يذكر الدكتور الدريني مستنده<sup>(٢)</sup> في قصره لمفهوم مقتضى العقد على الحكم الأصلي له.

**رابعاً:** أن سعة مدلول مقتضى العقد أو ضيقه على ما ينضوي تحته من أحكام مبني على استقراء نصوص العلماء في هذا الباب فإذا كتب لباحث ما أن يقف عند كثير من نصوصهم فربما خرج بمفهوم لمقتضى العقد أوسع من أن يكون هو الحكم الأصلي للعقد أو أن يكون الأحكام التبعية لذلك العقد بل ليشملهم جميعاً وهذا ما توصل إليه الباحث هنا حيث وجد كثيراً من النصوص عن العلماء يفهم منها هذه السعة في المدلول:

(١) الدريني، محمد فتحي، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي، ط١، مؤسسة الرسالة، بيروت، (١٤١٤هـ - ١٩٩٤) الجزء ٢ ص ٤١٣.

(٢) في بحثه الشروط المقترنة بالعقد

أولاً: يورد الباحث هنا نصين عن ابن قدامة المقدسي - رحمه الله -:

١- قال في كتابه الكافي: (باب الشروط في البيع. وهي أربعة أضرب: أحدها: ما هو من مقتضى البيع، كالتسليم والرد بالعيب، فهذا لا أثر له لأنه بيان وتأكيد لمقتضى العقد... الثالث: شرط ينافي مقتضى العقد وهو نوعان: أحدهما: ما لم يبين على التغليب والسراية، كشرط أن يمتلك، ولا يتصرف... أو متى نفق المبيع وإلا رده، أو إن خسر فيه فعلى البائع فهذا شرط باطل...<sup>(١)</sup>).

يفهم من هذا النص أن من مقتضى عقد البيع وجوب التسليم وجواز الرد بالعيب وأن أي شرط لهذا في العقد لا يفيد إلا البيان والتأكيد لهذه الأحكام التبعية الثابتة بمقتضى العقد، كما ويفهم أن من مقتضى العقد حرية التصرف في الملك وأن أي شرط يحمل عكس هذا المعنى إنما هو شرط ينافي ذلك العقد.

النص الثاني: أورد في كتابه المغني هذه العبارة في إحدى مسائل البيوع قال: (..... فإن مقتضى البيع<sup>(٢)</sup> نقل الملك، والخيار ينافيه...<sup>(٣)</sup>).

يفهم من هذا النص أن نقل الملك وهو الحكم الأصلي لعقد البيع ثبت بمقتضى ذلك العقد وبالتالي فإن هذا النص يؤسس مع النص السابق لشمولية مقتضى العقد لما يثبت بالعقد من أحكام بقطع النظر عن كون تلك الأحكام أصلية أم تبعية.

ثانياً: جاء في بدائع الصنائع للكاساني: (وأما الشرط الذي يقتضيه العقد فلا يوجب فساد كما إذا اشترى بشرط أن يمتلك المبيع، أو باع بشرط أن يمتلك الثمن، أو باع بشرط أن يحبس المبيع، أو اشترى على أن يسلم المبيع، أو اشترى جارية على أن تخدمه، أو دابة على أن يركبها، أو ثوبا على أن يلبسه، أو حنطة في سنبلها وشرط الحصاد على البائع ونحو ذلك فالبيع جائز؛ لأن البيع يقتضي هذه المذكورات من غير شرط فكان ذكرها في معرض الشرط تقريراً لمقتضى العقد، فلا توجب فساد العقد)<sup>(٤)</sup>

(١) انظر: ابن قدامة، موفق الدين عبدالله، الكافي في فقه الامام أحمد بن حنبل، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢١-٢٠٠١م، المجلد الثاني-ص: ٢٩

(٢) أي عقد البيع.

(٣) انظر: ابن قدامة، موفق الدين عبد الله، المغني، ط٢، (تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي والدكتور عبد الفتاح الحلوي)، هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، القاهرة، ١٤١٢-١٩٩٢م، الجزء السادس، ص ٣٩

(٤) انظر الكاساني، علاء الدين أبو بكرين مسعود ت٥٨٧، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط١، (تحقيق وتعليق: الشيخ علي محمد عوض والشيخ عادل عبد الموجود)-دار الكتب العلمية، منشورات محمد علي بيضون، بيروت، (١٤١٨هـ-١٩٩٧م) الجزء السابع، ص: ١٥

وهذا النص عن الإمام الكاساني من أعظم النصوص أهمية في هذا الباب فيه تعداد للكثير من الشروط التي يقتضيها العقد، وتحتوي هذه الشروط التي يذكرها على اشتراط الأحكام التي تثبت بالعقد بنوعيتها الأصلي (أن يمتلك) والتبعي (كأن يسلم المبيع)، ثم تكون خاتمة النص أن يكون: " لأن البيع يقتضي هذه المذكورات من غير شرط فكان ذكرها في معرض الشرط تقريراً لمقتضى العقد، فلا توجب فساد العقد ".

فيفهم من هذا النص عمومية مفهوم مقتضى العقد لجميع لأحكام التي أوجبها الشارع بالعقد بحيث يضم الحكم الأصلي، ويضم الأحكام التبعية أو الالتزامات الناشئة بذلك العقد.

ثالثاً: ما جاء عن إمام الحرمين الجويني الشافعي في كتابه نهاية المطلب في دراية المذهب، حيث يقول: " قال أئمة المذهب: الشرائط المذكورة في صلب العقد قسمان: قسم يقتضيه إطلاق العقد. وقسم لا يقتضيه الإطلاق؛ فأما ما يقتضيه مطلق العقد، فكالملك ووجوب التسليم، وجواز التصرف، فهذه الأشياء وما في معانيها مقتضيات العقد "(١).

فهذا النص دال دلالة واضحة على أن الملك ووجوب التسليم والتسليم وجواز التصرف وما في معانيها تكون بمجموعها ما يطلق عليه عند العلماء بمقتضى العقد.

رابعاً: جاء عن شيخ الإسلام ابن تيمية - رحمه الله - في الفتاوى الكبرى - في معرض ذكره مسألة جواز من أخرج عيناً من ملكه بمعاوضة كالبيع والخلع، أو تبرع كالوقف أن يستثني بعض منافعها - ما نصه: "..... ثم الشافعي وطائفة من أصحاب أحمد يرون هذا خارجاً عن القياس لما فيه من منع المشتري من التصرف في ملكه بغير العتق، وذلك مخالف لمقتضى العقد، فإن مقتضاه الملك الذي يملك صاحبه التصرف مطلقاً"(٢).

فهذا النص يحمل لنا في ثناياه حقيقة مفهوم مقتضى العقد عند الشافعية وطائفة من أصحاب أحمد فهو ليس مجرد الحكم بنقل الملكية، وهو ليس مجرد أحكام تبعية لذلك الحكم الأصلي للعقد، وإنما هو ملك يعطي صاحبه مطلق التصرف في ملكه، وعندها يتسع مفهوم المقتضى يشمل كل الأحكام الثابتة بالعقد.

(١) الجويني، أبو المعالي عبد الملك ت: ٤٧٨، نهاية المطلب في دراية المذهب، ط١، تحقيق محمد عثمان، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٠، الجزء الرابع، ص ٦١٢.

(٢) انظر: ابن تيمية، تقي الدين أحمد، الفتاوى الكبرى، ط١، (تحقيق وتعليق وتقديم محمد عبد القادر عطا ومصطفى عبد القادر عطا)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٨-١٩٨٧م، المجلد الرابع، ص: ١٠١.

**خامسا:** بعد ما تقدم واعتمادا على ما تم عرضه من نصوص العلماء - وخاصة نص بدائع الصنائع - فإن الباحث يختار في نهاية هذا المبحث تعريف مقتضى العقد بأنه: (ما يثبت بمطلق العقد من أحكام سواء كانت مما نص عليها الشارع مباشرة أو أباح إثباتها باشتراط العاقدين، أو استنباطها المجتهدون، وذلك تحقيقا للتوازن في الحقوق بين العاقدين).

#### شرح مفردات التعريف:

أ - (ما يثبت بمطلق العقد من أحكام) فيشمل كل أحكام العقد والالتزامات الناشئة به وينضوي تحت هذا المفهوم تقسيمات العلماء لأحكام العقد بين أصلي وتبعي.

ب - (سواء كانت مما نص عليها الشارع مباشرة، أو أباح اثباتها بالشرط، أو استنبطها المجتهدون).

لأن أحكام مقتضى العقد إما أن تكون مما نص الشارع عليها مباشرة أو مما أثبته الشرط الصحيح أو مما أثبته اجتهاد أهل الاجتهاد من العلماء، فهذه المصادر الثلاثة تشكل بمجموعها مصدرية أحكام مقتضيات العقود.

#### ج - (وذلك تحقيقا للتوازن في الحقوق بين العاقدين)

لأن العملية التعاقدية وإن كان بنيانها أقيم على التراضي بين أطرافها (إلا أن تكون تجارة عن تراض....) إلا أن إرادة الشارع تدخلت من خلال ما أثبتته من أحكام في التعاقدات من أجل إحقاق الرضا وتحقيق التوازن في الحقوق بين العاقدين فلا تطغى إرادة الطرف القوي على إرادة الطرف الضعيف ضمن هذه العملية، وسيتم إيضاح هذه المسألة عند التطرق لموضوع الشروط المقترنة بالعقد.

**والسبب في اختيار هذا التعريف أنه يلخص ما سبق، فضلا عن تميزه بما يأتي:**

أ: أنه تعريف يتماشى مع نصوص العلماء السابقة والدالة على شمولية المقتضى لأحكام العقد بنوعها الأصلي والتبعي.

ب: أنه بهذا المعنى والمفهوم يقترب من المعنى اللغوي للمقتضى بكل دلالاته الواسعة مما يؤسس لسعة في الأهمية ضمن ما يعرف بنظرية العقد، لأن الاتساع في دلالات المفهوم يوجد اتساع في اندراج الجزئيات ضمن نطاقه.

ج: احتوائه على عبارة (أو باستتباط المجتهدين) وفيها فتح لباب الاجتهاد وإعمال عقول العلماء فيما يخص مقتضيات العقود ليوكب هذا الفتح للاجتهاد كل ما يستجد في عالم البشرية من عقود.

د - أنه بسعة مفهومه هذا يتضمن نوعين من المقتضيات - إن جاز التعبير - المقتضى الأصلي والمقتضى الفرعي، تبعا لانقسام أحكام العقد لأصلي وتبعي، والثمره في هذا التقسيم تظهر في الشروط العقدية حيث أن مخالفة المقتضى الأصلي بالشرط تأتي على العقد من بنيانه؛ لأنها مخالفة للمقصود الأصلي من العقد بينما مخالفة المقتضى الفرعي لا تكون بهذه الدرجة.

## المبحث الثاني

### مفهوم حكم العقد وحقوق العقد وعلاقتها بمقتضى العقد

المطلب الأول: مفهوم حكم العقد وحقوق العقد لغة واصطلاحاً

الفرع الأول: مفهوم حكم العقد لغة واصطلاحاً

أولاً: لغة<sup>(١)</sup>

الحكم في اللغة يأتي بمعان متعددة منها: العلم والفقهاء، قال تعالى: ﴿وَأَتَيْنَهُ الْحُكْمَ صَبِيحًا﴾<sup>(٢)</sup> أي علماً وفقهاً، ويأتي أيضاً بمعنى القضاء وجمعه أحكام نقول: حَكَمَ عليه بالأمر يحكّم حُكْمًا وحكومةً، وحكّم له وحكّم بينهم: أي قضى، وقال الأزهرى: ((الحُكْمُ القضاء بالعدل)). وإذا كان الحُكْمُ بمعنى العلم والفقهاء والقضاء بالعدل فإنه مصدر حَكَمَ يحكّم.

ومن المعاني أيضاً: الإتيان، نقول أحكّم الأمر أي أتقنه، وأحكّمته التجارب فجعلته حكيمًا: أي متقناً للأمور، وحكّم الرجل يحكّم حُكْمًا إذا بلغ النهاية - كما يقول الأزهرى - في معناه مدحا لازماً.

ومرد هذه المعاني وكل ما يشتق من أصلها الثلاثي (الكاف والحاء والميم) إلى معنى المنع - كما يقول ابن فارس<sup>(٣)</sup> - وأول ذلك الحكم وهو المنع من الظلم، وسميت حكمة الدابة<sup>(٤)</sup> لأنها تمنعها، ويقال حكمت السفية وأحكّمته إذا أخذت على يديه، والحكمة هذا قياسها لأنها تمنع من الجهل.

(١) ابن منظور، معجم لسان العرب، ٢/ (٥٤٠-٥٤٢)

(٢) جزء من الآية الكريمة (١٢) من سورة مريم ((يايحيى خذ الكتاب بقوة...))

(٣) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ٢/ ٩١

(٤) جاء في معجم تهذيب اللغة فيما يتعلق بمادة حَكَمَ " وقال الليثي: حكّمه اللجام: ما أحاط بحنكيه وفيها العذاران سمي حكمة؛ لأنه يمنع الدابة من الجري الشديد... وقال ابن شميل: الحكمة: حلقة تكون على فم الفرس "، انظر: الأزهرى، أبو منصور محمد بن أحمد ت: ٣٧٠هـ، معجم تهذيب اللغة، تحقيق: د. رياض زكي قاسم، الطبعة الأولى: (١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م)، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، المجلد الأول: (أ - خ)، ص: ٨٨٧.

ثانياً: حكم العقد<sup>(١)</sup> اصطلاحاً.

جاء في كتاب الحاوي للماوردي عند حديثه عن الألفاظ المختلف في صحة إنشاء العقد بها كلفظة (قد ملكتك) قال: (فيه لأصحابنا وجهان: أحدهما: يصح العقد به، لأن حقيقة البيع تمليك المبيع بالعوض، فلا فرق بين ذلك وبين قوله: بعثك.

والوجه الثاني وهو الصحيح: لا يصح العقد به لعلتين: أحدهما: أن لفظ التمليك يحتمل البيع ويحتمل الهبة على العوض فصار من جملة الألفاظ المحتملة والأخرى: أن التمليك هو حكم البيع وموجبه فاحتاج إلى تقديم العقد ليكون التمليك يتعقبه<sup>(٢)</sup>

وفي الدر المختار عند حديث المصنف عن عقد البيع قال: (وحكمه ثبوت الملك)<sup>(٣)</sup>، وفي موضع آخر عن عقد الشركة قال: (وحكمها الشركة في الربح)<sup>(٤)</sup>، وابن عابدين لما شرح عبارة (وحكمه ثبوت الملك) قال: (أي في البديلين لكل منهما في بدل وهذا حكمه الأصلي والتابع وجوب تسليم المبيع والتمن.....)<sup>(٥)</sup>.

فهذه بعض النصوص - وغيرها كثير - الواردة في كتب فقهاءنا السابقين وهي تدل على أنهم:

أ - استخدموا حكم العقد-كمصطلح - وعنوا به الأثر والغرض الأصلي للعقد وهو يختلف من عقد لآخر، ففي عقد البيع كان الحكم الأصلي هو الملك وفي عقد الشركة كان الشركة في الربح.

(١) استخدم الفقهاء حكم العقد كمصطلح في أكثر من معنى: فمرة يطلقونه ويريدون به الأثر الذي يترتب على العقد شرعاً - وهذا المعنى هو موضوع بحثنا هنا-، ومرة يطلقونه ويريدون به ما يكون للعقد من وصف نتيجته اعتباره أو عدم اعتباره شرعاً كقولهم هذا عقد صحيح أو باطل، أو نتيجته ما للعقد من قوة تقتضي ترتب آثاره في الحال أو عدم ترتبها في الحال كقولهم: هذا عقد نافذ أو موقوف أو نتيجته قوة ملزمة لكلا العاقدين أو لأحدهما كقولهم: إن عقد البيع الخالي من شرط الخيار لازم للمتبايعين لا يملك طرف فسخه إلا برضا الطرف الآخر أو قولهم: عقد الرهن لازم من جانب الراهن دون المرتهن، ومرة ثالثه يطلقونه ويريدون به صفة فعل المكلف والذي يسمى بالحكم التكليفي كقولهم: حكم البيع مباح أو مكروه أو حرام على حسب ما يجاوره من أوصاف.

ينظر في هذه الخلاصة: شلبي، محمد مصطفى، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، (١٣٨٨هـ - ١٩٦٩م)، ص: ٥٤٩، حسين، أحمد فراج، والملكية ونظرية العقد، ط١، مؤسسة الرسالة الجامعية، ص: ٢٩٨.

(٢) الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي، ط١، تحقيق الشيخ علي معوض والشيخ عادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (١٤١٤هـ - ١٩٩٤)، ٣٩/٥ - ٤٠.

(٣) الحصفكي، إبراهيم بن أحمد (١٠٨٨هـ)، الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دراسة وتحقيق: عادل أحمد وعلي محمد، دار عالم الكتب، الرياض: ١٢/٧.

(٤) المرجع السابق ٤٧٥/٦.

(٥) ابن عابدين، رد المحتار، ١٢/٧.

ب - أن حكم العقد غير متعدد وإنما هو واحد ضمن النوع الواحد من العقود، كثبوت الملك في العقود المندرجة تحت عقد البيع.

ج - أن حكم العقد يعقب عملية إبرام العقد وما يتخللها من إيجاب وقبول.

وأما العلماء المعاصرين فمفهومهم لحكم العقد يتطابق مع مفهوم العلماء السابقين وإن اختلفت الصياغات فالزرقا يعرفه بأنه: " الأثر الذي يترتب عليه"<sup>(١)</sup>، ويجعله يقارب مآلا مفهومي موضوع العقد والغاية النوعية حيث يقول: " فالموضوع والغاية النوعية والحكم هي مفاهيم جد متقاربة مآلا، وإنما تختلف التسمية باختلاف وجهة النظر إليها فموضوع عقد البيع وهو نقل الملكية بعوض، إذا نظرنا إليه من جهة المتعاقدين المتبايعين كان غاية لهما يسعيان إلى تحقيقها بهذا النوع الموصل إليها من العقود، وإذا نظرنا من جهة الشرع كان هو الحكم والأثر الذي يقره التشريع كنتيجة للعقد بعد وقوعه"<sup>(٢)</sup>.

وأيضا رمضان الشرنباصي يعرفه بقوله (المقصود بحكم العقد الأثر الأصلي المترتب عليه شرعا)<sup>(٣)</sup>.

ويلحظ توافق هذا التعريف للشرنباصي مع تعريف الزرقا السابق وإن كان التعريف الأخير قد تضمن قيد الأثر الأصلي إلا أن شرح الزرقا للصلة بين مفهوم حكم العقد ومفهومي الموضوع والغاية النوعية يوضح هذا التوافق في المفهوم بين العالمين.

ومن العلماء المعاصرين أيضا الدريني حيث يقول: " على أن لكل عقد حكما أصليا شرع من أجله، هو المقصود الأصلي من شرعية العقد ويطلق عليه (مقتضى العقد) أو غايته النوعية، كانتقال ملكية المبيع إلى المشتري تلقائيا فور إنشاء عقد البيع"<sup>(٤)</sup>.

ويلحظ في هذا النص مع أنه متوافق مع المنقول عن العلماء سابقا فيما يخص حكم العقد إلا أنه احتوى على المساواة بين مقتضى العقد وحكم العقد من حيث المفهوم.

(١) الزرقا، المدخل الفقهي - ٤٠٣/١

(٢) المرجع السابق نفسه، ٤٠٣ / ١

(٣) الشرنباصي، رمضان علي، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر - ٢٠٠٣، ص: ١٢٠

(٤) الدريني، بحوث مقارنة، ص: ٤١٣



## الخلاصة:

**أولاً:** أن هناك اتفاق على مفهوم حكم العقد، وأنه هو الأثر الأصلي المترتب على العقد شرعا كنتيجة له بعد إبرامه، والاختلاف بين التعريفات اختلاف صياغات.

**ثانياً:** الدريني جعل الحكم الأصلي - حكم العقد - ومقتضى العقد شيء واحد من حيث المفهوم وأنها هما المقصود الأصلي من شرعية العقد.

## الفرع الثاني: مفهوم حقوق العقد لغة واصطلاحاً

أولاً: لغة<sup>(١)</sup>

الحق في اللغة يأتي بمعان متعددة أجلها إتيانه اسماً من أسماء الله الحسنى ثم المعاني الأخرى ومنها: صدق الحديث، واليقين بعد الشك، والملك وضد الباطل، وواحد الحقوق والحقّة والحقّة أخص منه وهو في معنى الحق.

ويقال: حاقه خاصمه وادعى كلُّ واحد منهما الحقَّ، فإذا غلبه قيل (حقّه) و(التحاقُّ) التخاصم و (الاحتقاق) الاختصام، واستحقَّ الشيء: استوجبه.

وحقَّ الأمرُ يحقُّ ويحقُّ حقاً وحقوقاً: صار حقاً وثبت، ووجب، وحقّه يحقّه حقاً وأحقّه، كلاهما: أثبته وصار عنده حقاً لا يشك فيه.

وقال: ابن فارس: "الحاء والقاف أصل واحد وهو يدل على إحكام الشيء وصحته فالحقُّ نقيض الباطل، ثم يرجع كل فرع إليه، بجودة الاستخراج وحسن التلفيق"<sup>(٢)</sup>.

## ثانياً: مفهوم حقوق العقد اصطلاحاً

عرف الأستاذ الزرقا<sup>(٣)</sup> الحق بمفهومه العام فقال " الحق هو اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفاً" ثم ضرب أمثلة منها: حق الولي في التصرف على من تحت ولايته فإنه سلطة لشخص على شخص وحق البائع في طلب الثمن من المشتري، فإنه تكليف على الثاني لمصلحة الأول.

(١) انظر: الرازي، محمد بن أبي بكر عبد القادر، مختار الصحاح، ط١، تدقيق وضبط عصام فارس الحرساني، دار عمار، الأردن، عمان، (١٤١٧هـ - ١٩٩٩م)، ص: ٨٠، وابن منظور، لسان العرب: الجزء الثاني ص: ٥٢٥، وابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ص ١٦/١٥

(٢) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة ص ١٥.

(٣) الزرقا، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، الجزء الثالث (المدخل إلى نظرية الالتزام العامة)، ص: ١٠.

### يؤخذ من هذا التعريف:

أن منشأ الحقوق هو الشرع، فالشرع هو الذي أثبت لطرف سلطة وأوجب على الطرف الآخر تكليفاً مقابل تلك السلطة فإذا كانت للبائع سلطة المطالبة بالثمن فإن على المشتري تكليفاً بتسليم الثمن للبائع.

وعرف الزحيلي حقوق العقد بشكل خاص بأنها " الأعمال التي لا بد منها للحصول على حكمه"<sup>(١)</sup>.

### محتوى التعريف:

أ - أن الحقوق أعمال، والأعمال هنا مقيدة بالتي لا بد منها للحصول على حكمه وبالتالي فهي تشمل المطالبات والتكاليف.

ب - أنها وسيلة للحصول على حكم العقد.

### يؤخذ على هذا التعريف:

أنه قصر الحقوق على الأعمال المؤدية إلى الحصول على حكم العقد وبالتالي خرج من التعريف الأعمال المؤدية إلى تأكيد وتقوية هذا الحكم.

وعرف أحمد سراج حقوق العقد بأنها:

" الالتزامات والمطالبات التي تتعلق بتنفيذ حكم العقد"<sup>(٢)</sup>.

وهذا التعريف من حيث المعنى قريب من سابقه فالالتزامات والمطالبات هي أعمال غير أنها هنا متعلقة بتنفيذ حكم العقد، وهناك موصلة إليه فالنتيجة واحدة، ولكن يؤخذ على هذا التعريف: استخدام لفظة التزامات وهي عامة، فإذا كانت العقود تنشئ حقوقاً فإنها أيضاً تنشئ التزامات، فالأولى برأي الباحث استخدام لفظة تكاليف بدل التزامات.

(١) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، طبعة دار الفكر، ط٩، الجزء الخامس، ص: ٣٣٦٧.

(٢) سراج، نظرية العقل والتعسف في استعمال الحق من وجهة نظر الفقه الإسلامي، ص ٢١٣.

وعرفه السنهوري بقوله: "حقوق العقد هي المطالبات والالتزامات التي تنشأ من العقد لتثبيت حكمه وتأكيدده وتقويته"<sup>(١)</sup>.

ثم ضرب أمثلة فقال (ومن ثم تكون حقوق البيع هي من جانب البائع المطالبة بالثمن وحبس المبيع إلى أن يستوفيه، ومن جانب المشتري المطالبة بقبض المبيع والمطالبة بضمان الهلاك والاستحقاق والعيب وما إلى ذلك)<sup>(٢)</sup>.

يؤخذ من هذا التعريف:

أولاً: أن حقوق العقد مطالبات من طرف تتحول إلى التزامات وتكاليف على الطرف الآخر من طرفي العقد.

ثانياً: أن العقد هو المنشئ لهذه المطالبات والالتزامات.

ثالثاً: أن الهدف من هذه المطالبات والالتزامات تثبيت أو تأكيد أو تقوية لحكم العقد، فإذا كان حكم عقد البيع الملك فإن حقوق هذا العقد وجدت لكي لا تختل أو تضعف الملكية. والتعريف المختار:

أن يقال بأن حقوق العقد هي: "المطالبات والتكاليف التي تتعلق بتنفيذ حكم العقد".

وهذا التعريف مشابه لتعريف أحمد سراج السابق مع استبدال كلمة الالتزامات بكلمة التكاليف مما يجنبه برأي الباحث ما قد يوجه إليه من انتقادات، فهو يلخص ما سبق مع تجنب الانتقادات الموجهة للتعريفات السابقة.

(١) السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، ١٩٦٨، ص: ١٨٩/٥-١٩٠.

(٢) المصدر السابق، ١٩٠/٥.

## المطلب الثاني: علاقة مقتضى العقد بحكم العقد وحقوق العقد<sup>(١)</sup>

في كل عقد هناك قصود وأحكام خادمة لتلك القصود منها ما كان قصدا للشارع ومنها ما كان قصدا لأحد طرفي العقد، وأما الأحكام فمنها الأصلي ومنها التبعية، ويترتب على هذه القصود سلطة المطالبة تثبت لصاحب المصلحة في أحد طرفي العقد تقابلها التزامات وتكاليف على الطرف الآخر فلو أن أحدا اشترى سيارة من شخص آخر وتم إبرام عقد البيع فإنه يترتب على هذا العقد بمجرد إبرامه انتقال ملكية السيارة من البائع للمشتري مقابل انتقال ملكية الثمن للبائع، وهذا الانتقال للملكية هو ما يسمى بحكم العقد.

وهناك أحكام أخرى تبعية لهذا الحكم الأصلي كتسليم البائع السيارة للمشتري مقابل قبضة للثمن.

وقد تحصل المماثلة من المشتري في تسليمه الثمن للبائع، وهنا يعطي العقد للبائع سلطة المطالبة بالثمن وحبس المبيع-سيارة- إلى أن يستوفيه ما لم يكن هناك اتفاق على جعل الثمن مؤجلا، ولو أن القضية عكست فكانت المماثلة من البائع فإن سلطة المطالبة هنا تثبت للمشتري ويثبت له أنواعا أخرى من المطالبات كالمطالبة بضمان الهلاك والاستحقاق والرد بالعيب وما إلى ذلك، ويقابل هذه المطالبات تكليف الطرف الآخر بالقيام بموجبها.

ومجموع هذه التكاليف والمطالبات جاءت لتثبيت حكم العقد وتقويته والتأكيد عليه، وهذه المطالبات والتكاليف هي ما يسمى عند أهل الاختصاص بحقوق العقد.

يلاحظ من المثال المضروب ومما سبق من تعريفات:

**أولاً:** أن العلاقة بين حكم العقد وحقوق العقد علاقة تبعية، ذلك أن حقوق العقد إنما جاءت لتثبيت الحكم وتأكيدته وتقويته.

(١) اعتمد الباحث في هذا المطلب على كلام العلماء الذي عرضه سابقا في المبحث الأول عندما بحث مفهوم مقتضى العقد اصطلاحا، وفي المطلب الأول من المبحث الثالث عندما بحث مفهوم حكم العقد وحقوق العقد اصطلاحا، ودور الباحث هنا التلخيص لما عرضه سابقا من أقوال العلماء وإجراء المقارنات بين هذه الأقوال ومحاولة وضع اليد على نقاط الاتصال ونقاط الانفصال بين مفاهيم مقتضى العقد وحكم العقد وحقوق العقد للوصول في نهاية الأمر إلى تحديد ماهية العلاقة بين هذه المفاهيم الثلاثة.

ثانياً: عند البحث في مفهوم مقتضى العقد ذكر الباحث أن هناك ثلاثة اتجاهات للعلماء في تحديده، فمنهم من جعله المقصود الأصلي من شرعية العقد، ومنهم من جعله: الأحكام التبعية للعقد ومنهم من جعله ما يثبت بمطلق العقد من أحكام سواء أكانت أصلية أم تبعية.

فإذا كانت النظرة إلى مقتضى العقد على أنه المقصود الأصلي من شرعية العقد فإن المعنى هذا يتقاطع تماماً مع مفهوم حكم العقد، وبناءً عليه فإن حكم العقد ومقتضى العقد مترادفان من حيث المفهوم، وأما إذا كانت النظرة لمقتضى العقد على أنه الأحكام التبعية للعقد، فإن مقتضى العقد هنا يتميز مفهوم حكم العقد ويكون بالدرجة الثانية من الأهمية بعد الحكم لا بل فإن مقتضى العقد هنا يأتي خادماً لحكم العقد.

وأما إذا كانت النظرة لمقتضى العقد على أنه ما يجب بالعقد أو ما يثبت بمطلق العقد من أحكام فإن العلاقة هنا علاقة عموم وخصوص مع حكم العقد فيكون المقتضى هنا شاملاً لحكم العقد<sup>(١)</sup> وغيره من الأحكام الثابتة بالعقد.

ثالثاً: وأما علاقة مقتضى العقد بحقوق العقد فهي علاقة تمايز من حيث المفهوم وارتباط من جهة الواقع من حيث أن حقوق العقد تأكيد وتقوية وتثبيت لحكم العقد، فإذا اعتبر أن مفهوم مقتضى العقد موافق لمفهوم حكم العقد فقد باءت العلاقة بين حكم العقد وحقوق العقد.

وإذا اعتبر أن مفهوم مقتضى العقد هو الأحكام التبعية الثابتة بالعقد، فإن صلته بحقوق العقد أن كلا منهما جاء خادماً وتابعا لحكم العقد، فإذا كان من مقتضى عقد البيع تسليم المبيع للمشتري وتسليم الثمن للبائع فإن من حقوق العقد المطالبة بالتسليم من قبل صاحب المصلحة ويقابلها تكاليف للطرف الآخر بهذا التسليم.

وأما إذا اعتبرنا أن مفهوم مقتضى العقد يشمل الحكم الأصلي والأحكام التبعية للعقد فإن الصلة تكون عندها أن حقوق العقد جاءت كوسائل من أجل تثبيت وتقوية وتأکید أهم مقتضى من مقتضيات العقد.

(١) لأن حكم العقد هو الحكم الأصلي.

## المبحث الثالث

### مفهوم الباعث وعلاقته بمقتضى العقد

#### المطلب الأول: مفهوم الباعث لغة واصطلاحاً

الفرع الأول: لغة<sup>(١)</sup>: اسم فاعل من مادة (بَعَثَ) والتي تأتي بالمعاني التالية: الإثارة<sup>(٢)</sup>، الإرسال، الحمل على الفعل، الإحلال، الإندفاع، الإسراع، الإيقاظ، الإحياء من الله تعالى للموتى، الدعوة إلى العمل.

فيقال: بَعَثَتِ الناقة إذا أترتها، وَبَعَثَهُ يَبْعَثُهُ بَعَثًا: أرسله وحده، وَبَعَثَ بِهِ أرسله مع غيره، وَابْتَعَثَهُ أيضًا أرسله فانبَعَثَ، وَابْتَعَثَ: الرسول، وَبَعَثَهُ عَلَى الشَّيْءِ: حمّله على فعله، وَبَعَثَ عَلَيْهِمُ الْبَلَاءَ: أحلَّهُ، وَابْتَعَثَ الشَّيْءُ وَتَبَعَثَ: اندفع. وَابْتَعَثَ فِي السَّيْرِ: أي أسرع، وَبَعَثَهُ مِنْ نَوْمِهِ بَعَثًا فَانْبَعَثَ: أيقظه وأهبطه، وَابْتَعَثَ: الإحياء من الله تعالى للموتى ومنه قوله تعالى: ﴿ثُمَّ بَعَثْنَاكُمْ

مِنْ بَعْدِ مَوْتِكُمْ لَمَّا كُنْتُمْ تَشْكُرُونَ﴾<sup>(٣)</sup> أي أحييناكم، والباعث: اسم من أسماء الله الحسنى لأنه هو الذي يبعث الخلق أي يحييهم بعد الموت يوم القيامة وَتَبَاعَثَ الْقَوْمُ عَلَى كَذَا: دعا بعضهم بعضاً إلى عمله، وَبُعِثَ مَوْضِعٌ قَرِبَ الْمَدِينَةِ الْمُنُورَةِ - على ساكنها أفضل الصلاة وأتم التسليم - كانت فيه آخر موقعة بين الأوس والخزرج في الجاهلية وهو يوم بُعِثَ.

#### الفرع الثاني: مفهوم الباعث اصطلاحاً:

ونختار لبيان معناه الاصطلاحي تعريفيين.

التعريف الأول: التعريف الثاني: ما ذكره أستاذنا الدكتور عبد الله الكيلاني بأنه: "ذلك الأمر النفسي الذي يحرك الإرادة ويبعثها لتحقيق تصرف معين"<sup>(٤)</sup> ثم يضيف شارحاً: "بحيث يكون هذا

(١) انظر: ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ٢٦٦/١ وابن منظور، لسان العرب ٤٤٩/١ ومجمع اللغة العربية مصر، المعجم الوسيط ص ٦٢

(٢) وهذا المعنى جعله ابن فارس أساس ومدار كل المعاني الأخرى حيث يقول: (الباء والعين والياء أصل واحد وهو الإثارة) معجم مقاييس اللغة: ٢٦٦/١

(٣) سورة البقرة، آية (٥٦).

(٤) الكيلاني، عبد الله إبراهيم زيد، نظرية الباعث وأثرها في العقود والتصريفات في الفقه الإسلامي، (قدم هذا الكتاب لنيل شهادة الماجستير بإشراف الدكتور السرتاوي)، مطابع وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية، المشيرفة، الرصيفة، ص ٢٧.

التصرف المنشأ كالوسيلة بالنسبة إلى الباعث حتى إذا نفذ الباعث عن طريق التصرف، كان غاية ومالا حسيا قائما." (١)

ويلاحظ في هذا التعريف:

**أولاً:** أن التعريف هنا عام يشمل التصرفات التعاقدية وغيرها.

**ثانياً:** أن الباعث أمر نفسي محرك للإرادة ودافع لها من أجل تحقيق التصرف وبالتالي فهو متغير ومتعدد ويختلف من شخص لآخر ومن عوامل مؤثرة لأخرى.

**ثالثاً:** الربط بين - من خلال الشرح - الباعث (الأمر النفسي المحرك للإرادة لتحقيق التصرف) والغاية والمال للتصرف.

**التعريف الثاني:** عرف الأستاذ السنهوري - رحمه الله - الباعث بقوله: (هو الدافع للملتزم على أن يرتب في ذمته الالتزام) (٢).

**ويلاحظ من هذا التعريف:**

**أولاً:** الارتباط بين المعنيين اللغوي والاصطلاحي فإذا كان الاندفاع من المعاني اللغوية لمادة بعث فإن هذا المعنى اللغوي حاضر في المعنى الاصطلاحي.

**ثانياً:** (٣) أن الالتزام إذا كان عقداً فإن الباعث على التعاقد شيء خارج عن العقد.

لأن الباعث وجد قبل أن يوجد العقد بل إنه هو المحرك الذي وجه إرادة العاقدين نحو الارتباط.

**ثالثاً:** أن الباعث شيء ذاتي للملتزم يتعلق بنواياه وما يتأثر به من دوافع، فالذي يشتري بيتاً - مثلاً - قد يكون الدافع له على الشراء أن يخصصه لسكانه، أو أن يجعل منه محلاً لعمله أو أن يكون بيتاً للدعارة والقمار، وكذلك البائع له دوافع متعددة من عملية البيع والحصول على الثمن، كأن يسدد فيه ديناً أو أن يمول تجارته أو أن يشتري عينا أخرى أو أن يشبع شهوة أو أن يحصل على ما يقامر به (٤).

(١) المرجع السابق نفسه، ص: ٢٧.

(٢) السنهوري، نظرية العقد، ص: ٥٤٥

(٣) النقطة الثانية والثالثة والرابعة جعلها السنهوري - رحمه الله - خصائص للباعث تميزه وتجمع فيه.

(٤) هذا المثال موجود في نظرية العقد للسنهوري - رحمه الله - مع اختلاف بسيط.

**رابعاً:** أن الباعث شيء متغير والتغير هذا لا يقتصر على النوع الواحد من العقود بل يصل إلى كل عقد على حدة والمثال السابق عن عقد البيع يرينا أن الباعث ليس واحداً وإنما هناك بواعث متعددة تختلف باختلاف البائع والمشتري وما تأثراً به من عوامل

### **المطلب الثاني: الباعث وعلاقته بمقتضى العقد:**

في كل عقد يبرم هناك دائماً قصود للشارع وقصود للعاقد، فإذا كان قصد الشارع مؤداه أن يسود العدل وأن يتحقق التوازن بين الأطراف فإن قصد العاقد هو الذي حرك الإرادة فيه ودفعها نحو التعاقد لغاية أو مصلحة يريدها هو، وقد تتلاقى قصود العاقد مع قصد الشارع أو تختلف - والكلمة العليا لقصد الشارع - فإن حصل وتناقضت حكم عليها وربما على العملية التعاقدية برمتها بالبطلان.

ومن هنا كانت أهمية كل من (مقتضى العقد) و (الباعث)، ذلك أن مقتضى العقد مرتبط بإرادة الشارع وقصده ومن هنا يستمد قوته إذ إن مقتضى العقد هو ما يثبت بمطلق العقد من أحكام وضعها الشارع من أجل إحقاق العدل، وهذه الأحكام ظاهرة وواضحة تثبت مع العقد ولا تسبقه وفيها تحقيق مصالح الطرفين - طرفي العقد - وأي محاولة للتعدي عليها هو تعدٍ على إرادة الشارع، بينما الباعث مرتبط بقصد العاقد وهو أمر نفسي، وهو سابق للتعاقد، بل هو المحرك لإرادة العاقد نحو هذا التصرف.

فكلاهما مرتبط بالعملية التعاقدية، وكل منهما معرض أن يكون في مقابلة الآخر، فإن كان الأخير فإن مقتضى العقد معرض للهدم بسبب باعث غير مشروع؛ لأنه لا يمكن أن يتعارض مقتضى العقد مع باعث مشروع، لأن مقتضى العقد ثبت بوضع الشارع، والباعث المشروع أجزى بإذن الشارع ولا يمكن أن يتناقض الوضع مع الإذن ونمثل هنا بمسألة حرمة بيع العنب لمن يُعتقد<sup>(١)</sup> أنه يتخذه خمراً، فأساس العملية العقدية وظاهرها أمر مباح فهو عقد بيع يدفع المشتري للبائع الثمن مقابل تسليمه سلعة مباحة - العنب - ولكن علم البائع أن المشتري باعته على الشراء ليس ذات العنب كفاكهة طيبة، وإنما من أجل أن يحصل بعصره وتخميره على الخمر المحرم.

(١) قال ابن قدامة (... فإنما يحرم البيع ويبطل، إذا علم البائع قصد المشتري ذلك، إما بقوله، وإما بقرائن مخصصة به تدل على ذلك...) انظر ابن قدامة، المغني، دار عالم الكتب، الرياض، ص: ٣١٩.



ففي هذه المسألة: المناقضة واضحة بين قصد الشارع الذي جعل العقود وسيلة للحصول على المباحات والتي تحقق النفع للأفراد والجماعات وقصد المشتري في جعله العقد وسيلة للحصول على الخمر المحرم، وكل قصد -كما يقول الإمام الشاطبي- ناقض قصد الشارع فباطل<sup>(١)</sup>.

ثانياً: فيما يخص المناقضة بين مقتضى العقد<sup>(٢)</sup> والباعث غير المشروع في هذه المسألة نأخذ حكماً واحداً من أحكام مقتضى البيع ألا وهو التسليم فلو قيل بعدم تأثير الباعث غير المشروع على مقتضى العقد فإن الحاصل أن البائع مطالب بتسليم العنب للمشتري وهو يعلم بباعثه وعندها سيكون عوناً له على المعصية، وسيتعاون معه على الإثم وهذا فيه تناقض بين مقتضى من مقتضيات عقد البيع وبين الأمر العام للشارع بحرمة التعاون على الإثم وعلى المعصية، والشارع مبرأ من هذا التناقض فكان أن عاد الباعث غير المشروع على العقد بالبطلان لعدم إمكانية تطبيق<sup>(٣)</sup> مقتضى العقد على عقد أساسه باعث غير مشروع.

---

(١) الشاطبي، أبو اسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد ت ٧٩٠هـ، الموافقات، ط ١، تحقيق بكر بن عبدالله، ضبط: أبو عبيده مشهور حسن، دار ابن عفان، السعودية، الخبر، ٦ مجلدات، ١/٣٤٠

(٢) مع أن مقتضى العقد حاضر في النقطة الأولى أيضاً لأنه لا يمكن تطبيق مقتضى العقد على عقد بيع يوصل إلى ما حرّمه الشارع فكلاهما - المقتضى والحكم بالحرمة - من مشكاة شارع حكيم عليم.

(٣) فمن شروط المحل أن يكون قابلاً لحكم العقد شرعاً ومعناه - كما يقول التركماني - أن يكون المعقود عليه يمكن تطبيق مقتضى العقد عليه ويصلح لاستيفائه - منه، فإذا كان المعقود عليه محرماً فإن إمكانية تطبيق مقتضى العقد عليه معدومة. انظر: التركماني، عدنان خالد، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، ط ١، دار الشروق، جدة، ١٤٠١هـ - ١٩٨١، ص: ١٣٨.

## المبحث الرابع

### التزامات العقد وعلاقتها بمقتضى العقد

**المطلب الأول: مفهوم التزامات العقد لغة واصطلاحاً**

**الفرع الأول: مفهوم التزامات العقد في اللغة<sup>(١)</sup>:**

التزامات جمع التّزام والالتزام أصله من لزمَ ويأتي هذا الأصل وما اشتق منه بالمعاني الآتية: الاقتضاء، الإيجاب، التعهد، الثبوت والدوام، الاعتناق، مصاحبة الشيء بالشيء دائماً.

نقول: استلزم الشيء كذا: اقتضاه، و(التّزم) الشيء أو الأمر، وبه: أوجبه على نفسه، و(التّزم) فلان للدولة: تعهد أن يؤدي قدرًا من المال لقاء استغلال أرض، و(لزم) الشيء - لُزوماً: ثبت ودام، و(اللتزام) الاعتناق.

قال ابن فارس: " (اللام والزاي والميم) أصل صحيح واحد يدل على مصاحبة الشيء بالشيء دائماً"<sup>(٢)</sup>

ويلاحظ هنا:

**أولاً:** أن ابن فارس جعل المعنى الجامع لكل المعاني هو الدلالة على مصاحبة الشيء بالشيء دائماً.

**ثانياً:** التقاء الالتزامات مع المقتضى لغة، فالتزم يأتي بمعنى اقتضى واقتضى معنى من معانيها التزم.

**الفرع الثاني: التزامات العقد اصطلاحاً**

عرف الزرقا الالتزامات العقدية بأنها: " كل تكليف بفعل، أو بامتناع عن فعل يجب بمقتضى العقد على أحد العاقدين لمصلحة العاقد الآخر"<sup>(٣)</sup>.

(١) انظر ابن منظور، لسان العرب، ج ٨، ص ٧١ والجوهري، إسماعيل بن حماد، تاج العروس وصاح اللغة العربية، ط ٤، (تحقيق أحمد عبد الغفور)، دار العلم، بيروت، لبنان ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩، ص ٥٥٦، والرازي، مختار الصحاح، ص ٢٩٤

(٢) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج ٥ / ٢٤

(٣) الزرقا، المدخل الفقهي العام، الجزء الأول، ص ٥١٧

## مضامين هذا التعريف:

١- ذكر نوعي الالتزامات الإيجابية والسلبية.

٢- أن التكليف بالفعل أو الامتناع عن الفعل إنما وجب بمقتضى العقد

وأما عقد الإجارة فمن باب التمثيل على المنع عن العمل، فالمستأجر مكلف بعدم تجاوز الحد المعتاد في استعمال المأجور فالتكليف هنا بالمنع عن الفعل لصالح المؤجر وهو الطرف الآخر في عقد الإجارة، وتكليف المستأجر ثبت ووجب بمقتضى العقد.

### المطلب الثاني: التزامات العقد وعلاقتها بمقتضى العقد

أساس العلاقة يبدأ من اللغة فقد مر معنا أن اقتضى تأتي بمعنى استلزم<sup>(١)</sup> والعكس صحيح، فكلا المصطلحين يتصلان مع بعضهما البعض في أساس المعنى اللغوي ومما لا شك فيه أن الاتصال اللغوي يؤسس للاتصال الاصطلاحي في ناحية من النواحي فإذا انطلقنا باتجاه علاقة المفاهيم وجدنا أنفسنا أمام أربعة مفاهيم ثلاثة منها لمقتضى العقد وواحد للالتزامات العقدية ولكن قبل المقارنة بين المفاهيم أنقل كلاما عن الأستاذ الزرقا - رحمه الله - لنؤسس لهذه العلاقة الاصطلاحية.

قال الزرقا - رحمه الله -: " إن الالتزامات التي ينشئها كل عقد بين عاقيه هي غير الحكم الأصلي لذلك العقد. وإيضاح ذلك أن كل عقد يُنشئ نوعين من الآثار:

١- الحكم الأصلي لذلك العقد.

٢- والالتزامات المتنوعة التي ينشئها العقد"<sup>(٢)</sup>.

وفي موضع آخر يقول: " إن الالتزامات التي ينشئها العقد بين الطرفين نوعان:

أ - التزامات يستلزمها العقد فيعتبر العاقد مكلفا بها دون حاجة إلى اشتراطها عليه صراحة من قبل العاقد الآخر. وذلك كالتزام البائع بتسليم المبيع وبضمان العيب.....فهذه الالتزامات وأمثالها في كل عقد قد نظمها الشرع آثارا للعقد..... ومجموعة هذا النوع من الالتزامات في كل عقد تسمى في اصطلاح فقهاء الشريعة بمقتضى العقد.

(١) ويشتركان أيضا بإتيانهما بمعنى الوجوب والثبوت

(٢) الزرقا، المدخل الفقهي العام، ١/٥١٦-٥١٧

ب - وما سوى ذلك من الالتزامات العقدية لا يجب على أحد العاقدين إلا إذا اشترطه عليه العاقد الآخر في العقد، وذلك كما لو اشترط بائع الفرس أن يظل مستعملا لها بعد البيع بقية الشهر... فكل ذلك وأمثاله، مما لم توجبه نصوص الشريعة ولا اجتهاد الفقهاء، لا يكون من مقتضى العقد<sup>(١)</sup> ولا يترتب على العاقد إلا بالشرط<sup>(٢)</sup>.

نعود بعد هذا إلى المفاهيم حيث مر معنا أن مقتضى العقد أختلف في مفهومه فمنهم من جعل مقتضى العقد - الدريني - وحكم العقد شيء واحد ومنهم من فرق بينهما - كالزرقا - جاعلا حكم العقد هو الحكم الأصلي لذلك العقد بينما مقتضاه فيطلق على الأحكام التبعية لذلك الحكم الأصلي، ورجح الباحث مفهومًا ثالثًا وهو أن مقتضى العقد يشمل كل أحكام العقد، ودون تفريق بين حكم أصلي وأحكام تبعية<sup>(٣)</sup>.

هذا فيما يخص مقتضى العقد وأما التزاماته فقد مر قريبًا من كونها كل تكليف بفعل، أو بامتناع عن فعل يجب بمقتضى العقد على أحد العاقدين لمصلحة العاقد الآخر فالعلاقة إذا تعتمد على اختيار مفهوم مقتضى العقد من المفاهيم الثلاثة السابقة، فإذا كان الأول فإن كلا من المقتضى والتزاماته يلتقيان في أن كلا منهما أثر ناتج عن عقد، ذلك أن كل عقد ينشئ نوعين من الآثار الأول: الحكم الأصلي لذلك العقد، الثاني: الالتزامات المتنوعة فكل منهما أثر وهما قسيمان لبعضهما البعض إلا أنه في هذه الحال يأتي مقتضى العقد في الأهمية الأولى - لأنه الحكم الأصلي - ثم تأتي الالتزامات في المرتبة الثانية كأحكام تابعة للمقتضى.

(١) أما العالم الجليل أبو زهرة - رحمه الله - فيجعل هذا أيضا من مقتضى العقد حيث يقول في نظرية العقد (والشرط الصحيح يلتحق بأصل العقد، ويستحق الوفاء على حسب قوة العقد نفسه، ويصير جزءا من مقتضى العقد) انظر: أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ص: ٢٧٧

(٢) الزرقا، المدخل الفقهي العام - ١ / ٥١٩ - ٥٢٠

(٣) ذكر الباحث أسباب ترجيحه لهذا المفهوم في المبحث الأول عندما بحث مفهوم مقتضى العقد اصطلاحًا، وخلاصتها أنه وجد نصوصا للعلماء السابقين عرفوا مقتضى العقد ومثلوا له بالحكم الأصلي للعقد وبعض الأحكام التبعية الثابتة بذلك العقد منها - على سبيل المثال - كلام ابن الهمام الحنفي عندما بحث أنواع الشروط المقترنة بالعقد حيث قال: "ما يقتضيه العقد وهو الذي يفيد ما يثبت بمطلق العقد كشرط الملك للمشتري وشرط تسليم الثمن أو المبيع" فذكر الملك وهو الحكم الأصلي لعقد البيع وذكر تسليم الثمن أو المبيع وهو أحد الأحكام التبعية الثابتة بعقد البيع فتمثله بحكم أصلي وبحكم تبعي عند ذكره للشروط التي يقتضيهما العقد يدل - حسب رأي الباحث - على أن مقتضى العقد يشمل النوعين من الأحكام الثابتة بالعقد.

انظر في كلام ابن الهمام: ابن الهمام، شرح فتح القدير على الهداية، ٦ / ٤٠٤

وأما إذا كان المفهوم هو المختار - الأحكام التبعية - فإن كلا من مقتضى والالتزامات العقدية تنشأ بينهما علاقة عموم وخصوص حيث أنه سيقنصر عندها مفهوم مقتضى العقد على أحد نوعي الالتزامات العقدية وهو ما كان من ترتيب الشارع وهذا الذي اختاره الشيخ الزرقا<sup>(١)</sup> - رحمه الله - وأما إذا كان الاختيار للمفهوم الثالث فإن مقتضى العقد سيكون أعم وستدخل الالتزامات العقدية في ضمنه.

إذن فالصلة بين مقتضى العقد والالتزامات العقدية إذا كانت من ترتيب الشارع تتضح من خلال اختيار المفاهيم هذا أولاً، وثانياً مما استعرضناه سابقاً نشعر بقوة الصلة ودقتها حيث الالتقاء من جهة اللغة، والتقارب أو الاندماج من جهة الاصطلاح<sup>(٢)</sup>.

هذا من حيث توصيف الصلة بين مقتضى العقد والالتزامات الناشئة بذلك العقد، ولكن من حيث حقيقة المفهوم فالباحث يرى أن مقتضى العقد يغير ما ينشأ عن ذلك العقد من التزامات وذلك:

أولاً: لوجود نصوص كثيرة عن فقهاءنا السابقين ذكروا فيها أحكاماً أصلية عدّوها من مقتضيات العقود، والالتزامات الناشئة بالعقد ليست منها وإنما هي تابعة لها.

ثانياً: الشروط المقترنة بالعقد تولد الالتزامات ومقتضى العقد قيد على تلك الشروط وحاكم عليها بالصحة والبطان فإذا قلنا أن مقتضى العقد هو نفس الالتزامات الناشئة بالعقد فعندها ستصبح الالتزامات قيد على الشروط المولدة للالتزامات وعندها تصبح العملية دور.

(١) لكن تعريفه رحمه الله للالتزامات العقدية يستوقف الباحث هنا حيث عرفها بأنها: كل تكليف بفعل أو امتناع عن فعل يجب بمقتضى العقد على أحد العاقدين لمصلحة العاقد الآخر، فإذا كانت هذه التكاليف هي مقتضى العقد فكيف تجب بمقتضى العقد؟

(٢) حسب مفهوم مقتضى العقد عند العلماء.

## الفصل الثاني

### (مقتضى العقد وعلاقته بسلطان الإرادة العقدية)

المبحث الأول: مقتضى العقد وصلته بحرية التعاقد.

المبحث الثاني: الشروط المقترنة بالعقد تقييدا في الفقه الإسلامي وعلاقتها بمقتضاه.

## المبحث الأول

### مقتضى العقد وصلته بحرية التعاقد<sup>(١)</sup>

#### المطلب الأول: مقتضى العقد ومبدأ الرضائية.

قد ينظر لأول وهلة أن مقتضى العقد معارض ومناقض لمبدأ الرضائية في العقود على اعتبار أن مقتضيات العقود المثبتة من قبل الشارع قد حددت مساحات الحرية في التعاقد، وبالتالي فإن إرادة أطراف العملية التعاقدية مقيدة بحدود تلك المساحات، وعليه فإن الرضائية لم تكتمل عند أطراف التعاقد بناءً على هذا التقييد.

فقد يخرج الناظر بهذا لأول وهلة، ولكن المضي قدما في هذه المسألة لا بد من تحديد مفهوم الرضا أولا.

#### أولا: مفهوم الرضا

يفرق الحنفية بين الرضا والاختيار ويجعلون بينهما تغييرا يقول البخاري في كتابه كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام: (الرضا امتلاء الاختيار أي بلوغ نهايته، بحيث يفضي أثره إلى الظاهر من ظهور البشاشة في الوجه ونحوها، كما يفضي أثر الغضب إلى الظاهر من حماليق العين، والوجه بسبب غليان دم القلب)<sup>(٢)</sup>.

فالبخاري الحنفي يعرف الرضا هنا بأنه " امتلاء الرضا... " لدرجة أن الناظر يعرف هذا في وجه العاقد بالعلامات التي تظهر على وجهه إذن، فالرضا هو درجة الكمال في الاختيار.

(١) قدم أبو زهرة في كتابه نظرية العقد تعريفا لحرية التعاقد مبنيا على رأي المطلقين لهذه الحرية من فقهاء المسلمين حيث قال: " يقصد بحرية التعاقد إطلاق الحرية للناس في أن يعقدوا من العقود ما يرون، وبالشروط التي يشترطون غير مقيدين إلا بقيد واحد، وهو ألا تشتمل عقودهم على أمور قد نهى عنها الشارع، وحرمتها كأن يشتمل العقد على ربا أو نحوه مما حرمه الشرع الإسلامي"، ص: ٢٥٨

(٢) البخاري، علاء الدين عبدالعزيزين أحمد ت ٥٧٣٠، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البيزدوي، دار الكتاب العربي، بيروت، ج ٤، ص: ٣٨٢

هذا هو الرضا وأما الاختيار<sup>(١)</sup> فيما يخص العقود فهو القصد إلى النطق بالعبارات التي تنشأ بها، فالعاقد قد يقصد النطق بالعبارات المنشئة للعقد وهو لم يصل بعد لدرجة امتلاء الاختيار، فهو اختار هنا التعاقد ولم يصل إلى الرضا بالتعاقد وفرق بين الحالتين.

وإذا كنا نفهم من هذين التعريفين أن تكوين العقود مرتبط بالاختيار لا بالرضا عند الحنفية لاستحالة وجود الرضا في كل العقود إلا أن الحنفية جعلوا الرضا لازماً لصحة<sup>(٢)</sup> أكثرها، فمثلاً صاحب كتاب البناية على الهداية يقول عن عقد البيع: "وهو في اللغة عبارة عن تملك المال بالمال وكذا في الشرع لكن زيد فيه قيد التراضي، فقيل هو عبارة في الشرع عن مبادلة المال بالمال على وجه التراضي"<sup>(٣)</sup>

فربط صحة المبادلة شرعاً بالتراضي ولم يذكر صاحب كتاب البناية قيماً أخرى على مبادلة المال بالمال شرعاً، إذن فلا وجود لعقد البيع بدونه، وأما الجمهور فليس عندهم هذا التفريق بين الاختيار والرضا يقول الإمام الغزالي في كتابه الوسيط: "الصيغة (وهي الإيجاب والقبول) وسبب اعتبارهما: الاستدلال بهما على الرضا، فإن الأصل هو التراضي ولكن الرضا خفي فيناط الحكم بسبب ظاهر يدل عليه"<sup>(٤)(٥)</sup>.

فالاختيار وهو القصد إلى العبارات - الإيجاب والقبول - التي ينشأ بها العقد لا يغير التراضي وإنما من خلاله يستدل على الرضا عند العاقدين وذلك لأن الرضا أمر نفسي خفي فاحتاج إلى دليل عليه فكانت الصيغة هي الدالة عليه، والقصد إلى عباراتها كان هو الاختيار، وهذا الاختيار لا يعدو عن كونه ترجمة للرضا، قال أبو زهرة<sup>(٦)</sup> - رحمه الله - "فإذا لم تتوافر في العبارات تلك الدلالة لم يكن ثمة اختيار، لأن العبارات حينئذ لا تدل على القصد النفسي، فلا يكون اختيار في مجرد قصد النطق، وعلى ذلك لا يتحقق الاختيار مع الهزل كما لا

(١) يذكر الشيخ أبو زهرة - رحمه الله - أن هذا المعنى للاختيار كما يفهم من كتب الحنفية وفروعهم والأحكام التي يرتبونها، وأيضاً الأستاذ محمد مصطفى شلبي في كتابه المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه يذكر هذا وأنه المعنى الذي يدل عليه كلامهم في بحث عوارض الأهلية في علم الأصول، انظر: نظرية العقد، أبو زهرة، ص ٢٢١ وشلبي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، ص: ٤٥٢.

(٢) انظر نظرية العقد لأبي زهرة - رحمه الله - ص: ٢٢٤.

(٣) العيني، البناية شرح الهداية، الجزء السابع ص: ٣.

(٤) انظر: نظرية العقد لأبي زهرة: ص ٢٢٣، والمدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، محمد شلبي، ص: ٤٥٣.

(٥) الغزالي، الوسيط، ص: ٨.

(٦) في معرض حديثه عن الاختيار والرضا وأنها متلازمان عند الشافعي وغيره ما عدا الحنفية



يتحقق مع الإكراه والنسيان والخطأ لأن العبارات التي قصد النطق بها في كل هذه الأحوال لا تدل على قصد نفسي وليست ترجمانا على ما يخالغ النفس من رغبات..<sup>(١)</sup>.

بل إن البهوتي في شرحه على منتهى الإرادات عبر عن الرضا بالاختيار بصريح العبارة قائلا: (وشروطه أي البيع سبعة الأول (الرضا) بأن يتبايعا اختيارا، فلا يصح إن أكرها أو أحدهما.....)<sup>(٢)</sup>.

وبناءً على ما تقدم فإن مفهوم الرضا خاص بالفقهاء الشرعيين وأما عند فقهاء القانون الوضعي فالتراضي هو: "توافق إرادتين أو أكثر"<sup>(٣)</sup>، ويلاحظ من هذا التعريف أن التراضي هو توافق كل من الإيجاب والقبول إذ بهما يعرف توافق الإرادات، وبالتالي فإن مفهوم التراضي هنا يقترب أو يطابق مفهوم الاختيار عند فقهاء الشريعة.

**ثانياً: بعض الأدلة على كون العقود رضائية في الشريعة الإسلامية.**

وأول ما يبداً به كتاب الله عز وجل ونقدم دليلين، فقد جاء في سورة النساء آيتان هما الفصل في هذا الموضوع الأولى أباحت المال المتبرع به إن كان عن طيب نفس من المتبرع والثانية أباحت مال التجارة إن كان عن تراض بين طرفيها.

الآية الأولى: قال تعالى ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِنَ نِحْلَةً فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِنَّهُ فَمَا كُفُّهُ هِنَا

مَرِيئًا﴾<sup>(٤)</sup>.

فجواز الأخذ والأكل مرتبط ومتعلق بطيب نفس المتبرع والمعطي وهي هنا المرأة.

الآية الثانية: قال تعالى ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ

تَكُونَ بَحْرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ...﴾<sup>(٥)</sup>.

(١) أبو زهرة، نظرية العقد، ص ٢٢٣

(٢) البهوتي، منصور بن يونس بن ادريس ت(١٠٥١)هـ، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، ط١، تحقيق: د. عبدالله بن محسن التركي، مؤسسة الرسالة، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م، ١٢٥/٣

(٣) انظر: سليم، عصام أنور، أسس الثقافة القانونية في نظريات القانون والحق والعقد، الدار الجامعية، ١٩٩٧، ص ٣٢٧، وفي هذا الكتاب يتعرض المؤلف لمواد القانون المدني المصري وقانون الموجبات اللبناني.

(٤) سورة النساء، آية رقم ٤

(٥) سورة النساء، آية رقم، ٢٩

فالمبيح للتجارة هو التراضي قال شيخ الإسلام ابن تيمية - رحمه الله - : "لم يشترط في التجارة إلا التراضي، وذلك يقتضي أن التراضي هو المبيح للتجارة، وإذا كان كذلك فإذا تراضيا المتعاقدان أو طابت<sup>(١)</sup>، نفس المتبرع بتبرع ثبت حله بدلالة القرآن إلا أن يتضمن الله ورسوله كالتجارة في الخمر ونحو ذلك"<sup>(٢)</sup>

وقال الزرقا<sup>(٣)</sup> - رحمه الله - : "فهذه النصوص وأمثالها تفيد أن الأصل في استحقاق مال الغير أو استحلال شيء من حقوقه إنما هو رضا صاحبه:

إما على سبيل التجارة والتبادل، أو على سبيل المنحة والتنازل، عن طيب نفس واختيار، أي إن العامل في ذلك هو إرادة صاحب المال الذي له شرعا كمال الحرية في عقد المعاوضة أو المنحة."<sup>(٤)</sup>

الدليل الثالث ما رواه ابن ماجه في سننه عن أبي سعيد الخدري - رضي الله عنه - عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال ((إنما البيع عن تراض))<sup>(٥)</sup>

دل هذا الحديث على حصر البيع الذي أباحه الله تعالى وأحلّه<sup>(٦)</sup> بالبيع الذي تم عن تراضي طرفيه فإن أكرها أو أحدهما لم يصح.<sup>(٧)</sup>

فهذه نصوص ثلاثة من الكتاب والسنة، والهدف من عرضها ليس الاستقصاء بقدر ما هو التدليل على أن التراضي في الشريعة الإسلامية هو الأساس وعليه تُبنى العقود ويقام بنيانها.

### ثالثا: طبيعة العلاقة بين مقتضى العقد والرضائية

الرضائية في العقود ثبتت في الشريعة الإسلامية بالنص الشرعي من أول نزول التشريع ولم تمر العقود أبداً بمرحلة تطور لتصل في نهايته إلى الرضائية كحال القوانين الوضعية البشرية، بل إن دارس التاريخ ليصيبه العجب من حال العقود المغرقة في الشكلية عند عرب

(١) إشارة إلى الآية الأولى { فإن طبن لكم عن شيء... } سورة النساء، آية: ٤

(٢) ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، م٤، ص٩٣

(٣) بعد ذكره لهاتين الآيتين من سورة النساء

(٤) الزرقا، المدخل الفقهي العام، الجزء الأول، ص: ٥٤١

(٥) ابن ماجه، كتاب التجارات، باب بيع الخيار، ص: ٧٣٧، رقم الحديث: ٢١٨٥، وهذا الحديث ذكره الألباني - رحمه الله - في صحيح سنن ابن ماجه وقال عنه صحيح، انظر: الألباني، محمد ناصر الدين، صحيح سنن ابن ماجه، ط٣، أشرف على طباعته والتعليق عليه وفهرسته: زهير الشاويش، مكتب التربية العربي لدول الخليج، الرياض، ١٤٠٨-١٩٨٨م، المجلد الثاني، ص١٣، حديث رقم: ١٧٧٨.

(٦) قال تعالى: ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾ سورة البقرة، آية رقم ٢٧٥.

(٧) انظر: البهوتي، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، ج٣، ص: ١٢٥

الجاهلية حتى جاء الإسلام الذي فتح للإرادة الإنسانية كل الأبواب الموصدة أمامها، وليخرجها من ظلمة الشكلية إلى نور الرضا، وحاط هذا كله بقواعد العدل والمصلحة والأخلاق.

ولا عجب في اختلاف الحال بعد الإسلام لأن أحكام الشريعة الإسلامية مصدرها الله جل جلاله خالق البشر العالم بمصالحهم المطلع على خوافي النفوس، فإذا ربطنا هذا بمعلوماتنا عن حقيقة مقتضيات العقود وأنها أحكام ثبتت بالعقد بوضع الشارع الحكيم وصلنا إلى حقيقة واضحة أن الذي ربط العقود بالرضا هو من أثبت أحكاما في العقود لحماية العدالة والتوازن بين الأطراف العقدية، فكلاهما من مشكاة الحكيم الخبير، وإيماننا بهذا يفتح أمامنا استحالة التناقض والتعارض، ولو استعرضنا عقد البيع مثلا فإن عقد البيع أقيمت أسسه بداية على الرضا بين أطرافه فلا تعاقد إلا برضاها فإذا تم، رتب الشارع أحكاما بناء على هذا التعاقد منها -على سبيل المثال- ثبوت الملك ووجوب التسليم في البديلين.

وفي هذه الأحكام حماية للرضا قبل أي شيء ولو استرجعنا عبارة شيخ الإسلام ابن تيمية - رحمه الله - عن مقتضى العقد عندما قال: "فإن مقتضاه الملك الذي يملك صاحبه التصرف مطلقاً"<sup>(١)</sup>، وأنزلنا هذا الكلام على واقع العقدين فإنك لن تجد عاقدا يقبل أو يرضى بملك ناقص لا يملك معه التصرف هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإن مقتضيات العقود ثبتت من أجل إحقاق التوازن وحماية الطرف الضعيف فلو ترك عقد البيع بدون هذه الأحكام فإن الترك وإن كان يحقق للطرف القوي مصالح شخصية فإنه يعود على الطرف الضعيف بعدم الرضا فإذا كان هذا انخرم عقد الرضا، فكان مقتضى العقد هو الحامي والضامن لاجتماع الرضا عند طرفي عقد البيع، ولو انتقلنا إلى مرحلة ثانية في استيضاح العلاقة من خلال شروط العقدين فمما لا شك فيه أن الشرط يحقق للشارط مصلحة وزيادة رضا، فإذا تم العقد متضمنا شروطا لأحدهما أو لكليهما، فهل في هذا معارضة لمقتضى العقد؟ أو ما هي طبيعة العلاقة بين أحكام ثبتت بشرط العقدين أو أحدهما، وأحكاما ثبتت بوضع الشارع؟

والجواب هنا على اعتبار أن الشرط جاء بأحكام زائدة على أحكام مقتضى العقد، ونختار هذا النص لشيخ الإسلام ابن تيمية - رحمه الله - حيث قال: "ويجوز أحمد استثناء بعض منفعة الخارج من ملكه في جميع العقود، واشتراط قدر زائد على مقتضاها عند الإطلاق فإذا كان لها

(١) ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، م٤، ص: ١٠١

مقتضى عند الإطلاق جوز الزيادة عليه بالشرط ما لم يتضمن مخالفة الشرع.... إتباعا لحديث جابر لما باع النبي صلى الله عليه وسلم جملة واستثنى ظهره إلى المدينة<sup>(١)</sup>(٢)

فالإمام أحمد لم يحكم على الشرط الزائد على مقتضى العقد بالبطلان ما دام أنه لم يخالف الشرع، فمقتضى العقد يقبل الزيادة بالشرط وتثبت الأحكام الزائدة

قال أبو زهره - رحمه الله - : " والشرط الصحيح يلتحق بأصل العقد، ويستحق الوفاء على حسب قوة العقد نفسه، ويصير جزءا من مقتضى العقد، فإذا اشترى شخص ساعة، واشترط إصلاحها، وساغ ذلك الشرط صار واجب الوفاء، بحيث يلزم البائع بالإصلاح إذا امتنع، وهكذا كل أنواع الشروط الصحيحة"<sup>(٣)</sup>

**المطلب الثاني: حرية التعاقد<sup>(٤)</sup> بين الشريعة والقوانين الوضعية وصلته بمقتضى العقد.**

### الفرع الأول: حرية التعاقد بين التقييد والإطلاق في الفقه الإسلامي

يقصد بحرية التعاقد أن يكون للإنسان مطلق الحرية في أن يعقد العقود كيف يشاء، فبإباحة كيف يشاء ويتاجر كيف يشاء ويضع في هذه العقود ما يشاء من شروط، ولا حدود لهذه الحرية إلا ما جاءت الشريعة بتحريمه لأن العقود من العادات<sup>(٥)</sup>.

(١) المرجع السابق، ص: ٨

(٢) سيأتي الكلام عن حديث جابر - رضي الله عنه - وعن صحته في مبحث الشروط العقدية لأن هذا الحديث من أهم النصوص الشرعية في ذلك الموضوع

(٣) ذكر هذا بعد استعراضه لأقسام الشروط الصحيحة عند الحنفية، انظر: أبو زهره، نظرية العقد، ص: ٢٧٧

(٤) ذكر الشيخ الزرقا - رحمه الله - في كتابه المدخل الفقهي العام كلاما نفيسا يتعلق بهذا الموضوع لا يملك الباحث إلا أن يغرف منه ملخصه: - أن موضوع مبدأ سلطان الإرادة العقدية هو حرية إرادة العاقد في أصل العقد ونتائجه، وحدود تلك الحرية بمعنى مدى اعتبارها في نظر الشرع، ثم إن هذا المبدأ يتعلق بأربع حريات في النواحي العقدية.

١ - حرية العاقد في أصل التعاقد مع غيره. ٢ - حريته في إنشاء العقود والالتزامات بمجرد التراضي، دون تقييده بقيود شكلية ومراسم مخصوصة بحيث لا يعتبر تعاقد إذا لم تتحقق صورها. ٣ - حريته في إنشاء ما يشاء من أنواع العقود في حدود حقوقه الشخصية مهما كان موضوعها دون تقييد بأنواع العقود المسماة التي أقرها التشريع ونظم لكل منها أحكاما خاصة. ٤ - حريته في تحديد آثار العقد المسمى وتعديل نتائجه الأصلية بين الطرفين المتعاقدين باشتراط ما يشاء من شروط بحسب إرادتهما.

وأنه فيما يتعلق بالحرية الأولى فإن التشريع الإسلامي جاء بالقضاء على جميع عناصر الإكراه العقدي، وأطلق حرية الإرادة في تكوين العقد، بل إن القرآن والسنة جعلوا رضا الإنسان أساسا دستوريا في كل عقد سيلزمه، وأما الحرية الثانية، وهي المراسم الشكلية فلم تكن قبل الإسلام أمة ذات تاريخ تشريعي ثابت تعرف أن مجرد التراضي يولد عقدا ملزما والتزامات دون صور وأنواع مختلفة من المراسم الشكلية، حتى جاء الإسلام وجعل مجرد التراضي مولدا للعقد بأي طريق كان ظهوره بين العاقدين ولم يستثن إلا عقدا واحدا أخضعه لشكلية الإعلان بالإشهاد عليه وهو عقد النكاح، وأما الحرية الثالثة فإن الفقه الإسلامي أقر نشوء عقود جديدة، ثم ما لبث الفقهاء أن أسموها فانتظمت في سلك العقود المسماة، وقررت لها أحكاما خاصة، وأما الحرية الرابعة وهي أهم نواحي سلطان الإرادة في نظر الحقوق الحديثة، فإن موقف الفقه الإسلامي يختلف سعة وضيقا باختلاف المذاهب الاجتهادية فيه، لكن أوسع مذاهبه يتفق مع ما استقرت عليه النظريات القانونية في التشريع الحقوقي الحديث. انظر: الزرقا، المدخل الفقهي، الجزء الأول، ص: (٥٣٧-٥٤٠)

(٥) انظر ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، ٤/١٣ - وأبو زهره، نظرية العقد، ص: ٢٥٨

قال شيخ الإسلام ابن تيمية: " والعادات الأصل فيها العفو فلا يحظر منها إلا ما حرم الله وإلا دخلنا في معنى قوله تعالى: ﴿ قُلْ أَرَأَيْتُمْ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ لَكُمْ مِنْ رِزْقٍ فَجَعَلْتُمْ مِنْهُ حَرَامًا وَمَحَلًّا ... ﴾<sup>(١)</sup> وهذه قاعدة عظيمة نافعة، وإذا كان كذلك فنقول: البيع والإجارة والهبة وغيرها هي من العادات التي يحتاج الناس إليها في معاشهم، كالأكل، والشرب، واللباس، فالشريعة جاءت في العادات بالآداب الحسنة، فحرمت منها ما فيه فساد، وأوجبت منها ما لا بد منه، وكرهت ما لا ينبغي واستحبت ما فيه مصلحة راجعة في أنواع هذه العادات ومقاديرها وصفاتها، وإذا كان كذلك فالناس يتبايعون ويتاجرون كيف شاءوا ما لم تحرمه الشريعة، كما يأكلون ويشربون كيف شاءوا ما لم تحرمه الشريعة<sup>(٢)</sup>. فهذه حدود الحرية التعاقدية عند طائفة من فقهاءنا، وهي ليست وليدة مراحل تطويرية في التشريع وإنما أول ما نزل النص التشريعي جاء بهذه الفضاءات الواسعة المطلقة لمكامن الرضا والحاجات والرغبات في النفس الإنسانية كي تعقد وتشتترط وتبتكر ما تشاء في عالم العقود.

ومقتضى العقد<sup>(٣)</sup> موقعه هنا التناغم والانسجام مع هذه الحريات، مادام أن المقاصد الأصلية للعقود لم تناقض، وما دام أن المنهي عنه في الشريعة لم يرتكب، فضمن هذه الدائرة المتسعة الأفق تكون الإرادة حرة طليقة عند هؤلاء الفريق من علمائنا، وأما الفريق الآخر<sup>(٤)</sup> فهم يوافقون على مبدأ حرية التعاقد ورضائيته وعلى القوة الإلزامية للعقد إلا أنهم خالفوا في مسألة ترتيب آثار العقود منطلقين من مبدأ عام عندهم وهو أن آثار العقود وأحكامها إنما هي من عمل الشارع لا من عمل المتعاقدين، ودور الاجتهاد في هذا السبيل متم لما أثبتته نصوص الشريعة من أحكام العقود، وخالفوا أيضا في مسألة الشروط العقدية لكنهم ليسوا على رأي واحد في هذا، فمنهم المضيق ومنهم الموسع ضمن هذا الإطار.

ومرة ثانية نعود إلى مقتضى العقد لنجد أن هذا الرأي الأفيد ربما أعطى مقتضى العقد سلطة أشد في رسم حدود حرية التعاقد، ولذلك فالقارئ في كتبهم - وخاصة في الشروط العقدية - يجد هذه العبارة كثيرا: "وهذا مخالف لمقتضى العقد"، فالعقود لها مقتضيات يوقف عندها ولا

(١) سورة يونس، آية: ٥٩

(٢) انظر: ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، ١٣/٤

(٣) وأساس النقاء مقتضى العقد مع حرية التعاقد هو في ميدان الشروط العقدية، وسيأتي التفصيل في هذا الموضوع والميدان.

(٤) انظر: الزرقا، المدخل الفقهي، الجزء الأول، ص (٥٤٧، ٥٤٨)

تخالف بينما أصحاب الرأي الأول ففتتسع الدائرة عندهم ما دام أن المقصود الأصلي من العقد لم يمس.

### الفرع الثاني: حرية التعاقد عند فقهاء القوانين الوضعية ورحلة التطور<sup>(١)</sup>

مرت حرية التعاقد في التشريعات البشرية بمراحل كثيرة وتغيرات عديدة ففي عصر الفطرة كانت التعاملات بسيطة تبعاً للحاجات الأولية البسيطة ثم أخذت مع الزمن تتجه إلى التنوع والتعقيد فعرف المجتمع البشري الدينة مقام الأخذ بالثأر وعرف إجراءات التقاضي والحاجة إليها، ولم يكن الدين أبداً بعيداً عن هذه المراحل الأولية، يقول الأستاذ السنهوري في كتابه نظرية العقد: "ولعل الدين كان أيضاً ذا شأن عظيم في ظهور فكرة التعاقد، واحترام الالتزامات التي تأتي من هذا الطريق، فلقد كان المجتمع البشري يقوم على أسس ثلاثة: الدين والنظام الداخلي للقبيلة والقانون، ولم يكن القانون أقوى هذه الأسس، بل كان الدين له المقام الأول ولا يزال في القوانين الهندية القديمة ما يدل على أن الالتزام التعاقدية ليس إلا التزاماً دينياً محضاً، وكذلك كان الأمر عند الرومان.

حتى قوي القانون وأخذ يحل بالتدريج محل الدين، فوجدت العقود الشكلية، وأخذت مكان العقود الدينية، فكانت الأوضاع والأشكال من العقد بمنزلة الشعائر من الدين، وكما أن العقل البشري يصعب عليه إدراك دين دون شعائر، فهو كذلك كان لا يفهم العقد دون أوضاع"<sup>(٢)</sup>

فالدين كان حاضراً ولعب دوراً مؤثراً في هذا المضمار، ويضيف السنهوري - رحمه الله - عاملاً آخر بالإضافة إلى ما ذكر من عوامل ألا وهو التعامل الفوري الذي وجد في مبدأ الأمر، ونتيجة هذه العوامل المؤثرة ونتيجة عامل الزمن في التطور ظهرت طوائف من العقود بعضها إلى جانب البعض الآخر، فعرفت العقود العينية والرضائية إلى جانب العقود الشكلية، وفي مرحلة متأخرة من الحضارة الرومانية أخذت الإرادة تأخذ دورها بعيداً عن الشكلية.

حتى انتصر مبدأ سلطان الإرادة انتصاراً كاملاً في ميدان العقود الرضائية وكذلك في بعض عقود أخرى عرفت بالعقود البريوطورية والعقود الشرعية، ولكن هذه الخطوات بقيت بعيدة عن الهدف المنشود، فالقانون الرماني لم يقرر في أي عصر من عصوره مبدأ سلطان الإرادة في العقود بوجه عام.

(١) المرجع الرئيس في هذا الفرع: موضوع مبدأ سلطان الإرادة في نظرية العقد للعلامة السنهوري - رحمه الله - انظر السنهوري، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول (نظرية العقد)، ص (٨٥ - ١١١)

(٢) السنهوري، نظرية العقد (الجزء الأول)، ص: ٨٩، ٩٠.

كان هذا في آخر المرحلة الرومانية، وفي العصور الوسطى<sup>(١)</sup> - عندهم<sup>(٢)</sup> - لم تنقطع الشكلية، ولكن تدريجياً أخذت الإرادة تستقل وساعد على هذا تأثير المبادئ الدينية وقانون الكنيسة حيث وجدت فكرة الالتزام المدني بدل فكرة العقوبة، وأيضاً العوامل الاقتصادية وزيادة النشاط التجاري بالإضافة إلى العوامل السياسية، ووجود محاولات إحياء القانون الروماني والبدء في دراسته والتأثر به، ومر أن القانون الروماني في مراحل الأخريرة تطور نحو استقلال الإرادة. وما إن جاء القرن السابع عشر الميلادي وبدأت مرحلة الانتقال إلى العصور الحديثة حتى دخلت عملية الانتقال إلى الرضائية وحرية الإرادة إلى مرحلة متقدمة يعبر عنها أحد فقهاء القانون في ذلك العصر وهو دوما حيث يقول: "إذا تم الاتفاق فكل ما اتفق عليه يقوم مقام القانون"<sup>(٣)</sup>.

وأصبحت هذه العبارة عنواناً على مبدأ سلطان الإرادة فأخذها المشرع الفرنسي وأدمجها في المادة ١١٣٤ من القانون عندهم.

وفي القرن الثامن عشر مع انتشار النظريات الاقتصادية والفلسفية والسياسية المشبعة بروح الفردية بلغ مبدأ سلطان الإرادة أوجه خاصة مع تأثير روسو في كتابه العقد الاجتماعي، وامتد هذا التأثير إلى القرن التاسع عشر وخاصة على الذين وضعوا في أوائله قانون نابليون، ولكن المبدأ لم يبق على سيطرته حيث تعرض للانتكاس بسبب العوامل الاقتصادية<sup>(٤)</sup>، فبعدها قامت الصناعات الكبيرة وتأسست الشركات الضخمة، ظهر اختلال التوازن بين أصحاب المصانع والشركات وبين العمال فولدت على إثر هذا التجمعات العمالية وانتشرت الروح الاشتراكية وبدأ الاشتراكيون بنقد هذا المبدأ واشترك معهم في النقد والتقنيد أصحاب النظريات البعيدة عن الفردية كأصحاب نظرية التضامن الاجتماعي وظهرت فكرة مصلحة المجتمع وقواعد العدل فمثلاً<sup>(٥)</sup> المادة ١١٣٤ من القانون الفرنسي والتي فيها أن العقد شريعة

المتعاقدين تضمنت نفس المادة في الفقرة الثالثة أن الرائد هو حسن النية في تنفيذ العقود وفي المادة التي تليها جاء أن العقد لا يلزم المتعاقدين بما اشتمل عليه فحسب، بل هو يلزمهما أيضاً بما تقتضيه العدالة والعرف وبما يقرره القانون من أحكام طبقاً لطبيعة الالتزام.

(١) فرق بين العصور الوسطى عندنا وعند غيرنا، فالعصور الوسطى عندنا كانت مرحلة الضياء، النور، وإشعاع الحضارة.

(٢) أصحاب الحضارة الغربية

(٣) انظر: السنهوري، نظرية العقد، ص: ٩٦

(٤) مع أن هذه العوامل أدت إلى انتشار روح الفردية في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر وساعدت على سيطرة مبدأ سلطان الإرادة، فعادت لتكون سبباً في انتكاسه.

(٥) انظر: السنهوري، نظرية العقد، ص: ١٠٥

فالحرية المطلقة للإرادة<sup>(١)</sup> التي سادت في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر بدأت تُحد بقيود النظام العام والآداب العامة وبدأ التدخل التشريعي والقضائي والتعليق<sup>(٢)</sup> لهذا التدخل بالحرص على سلامة التعامل ومن أجل تنظيم عمليات التبادل، ليؤدي العقد وظيفته الاقتصادية والاجتماعية على أفضل وجه والحرص على حماية الطرف الضعيف فيه من تسلط القوى وفرض شروطه.

وأصبحت فكرة الاستقلالية المطلقة للإرادة غير موجودة في التشريعات الوضعية في طورها التطوري الأخير، لأن الفكرة تعتبر مثالية أكثر منها واقعية، وهذه بعض الأمثلة:

أولاً: من التشريعات والقرارات القضائية الفرنسية: المثال الأول<sup>(٣)</sup>: صدر قانون بتاريخ العاشر من كانون الثاني ١٩٧٨ خاص بالبنود التعسفية، قضى بإنشاء لجنة لتفحص البنود التعسفية التي ترد في بعض العقود تجاه المستهلكين فتقترح إلغائها ثم جاء قانون ٥ كانون الثاني ١٩٨٨ ليسمح لجمعيات حماية المستهلكين بالإدعاء أمام القضاء لطلب إبطال بند تعتبره تعسفياً تجاه المستهلكين.

المثال الثاني<sup>(٤)</sup>: أصدرت محكمة التمييز الفرنسية في قرار حديث لها صادر بتاريخ ١٨ أيار ١٩٩٣ أنه يمتنع على مصرف، سواء عن قصد أو إهمال تسهيل استعمال قرض لغير الغاية التي عقد من أجلها والمحددة في العقد، ويأتي هذا القرار من باب حماية التوازن في العقود التي أحد أطرافها مصرف من المصارف.

ثانياً: من القانون المدني المصري<sup>(٥)</sup>: نصت المادة ١٤٧ فقره ٢ من القانون المذكور على أنه: " إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي، تبعاً للظروف، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً اتفاق على خلاف ذلك ".

(١) حتى قال قائلهم: " الثيران تربط بقرونها والبشر بكلمتهم "، انظر: العوجي، مصطفى، مصطفى القانون المدني، ط ٣، (٢٠٠٣)، الجزء الأول، ص: ٨٦

(٢) العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، ص: ١٠٤

(٣) المرجع السابق، الجزء الأول، ص: ٩٢

(٤) المرجع السابق نفسه، الجزء الأول، ص: ٩٧

(٥) المرجع السابق، الجزء الأول، ص: ٩٤



ثالثاً: اتفاقية فيينا حول عقد البيع الدولي للبضائع<sup>(١)</sup>: قبل هذه الاتفاقية كان هناك محاولة لوضع قواعد دولية تحكم عقود البيع الدولية ففي عام ١٩٦٤م صدرت اتفاقية لاهاي الأولى الخاصة ببيع الأشياء المنقولة والثانية بتكوين عقد البيع، لكن المحاولة هذه لم تجد الصدى الإيجابي المناسب، فعادت لجنة الأمم المتحدة للتجارة وحاولت وضع أسس جديدة لاتفاقية دولية حول عقود البضائع فتوصلت إلى اتفاقية فيينا لسنة ١٩٨٠، وانضمت لهذه الاتفاقية لغاية ١٩٩٣م أربع وثلاثون دولة، وأي دولة من هذه التي وافقت تُدخل هذه الاتفاقية ضمن تشريعاتها الوطنية وتصبح ملزمة بها، وتطبقها محاكمها على العقود الدولية المعروضة عليها. خلاصة القول:

أولاً: إن التشريعات البشرية كي تقر مبدأ الرضائية وحرية التعاقد مرت بمراحل تطويرية عديدة وانتهت إلى إقرارهما ولكن بقيود لأن فكرة سلطان الإرادة المطلق فكرة غير واقعية إذ أن حرية وصالح الفرد تتقاطع مع حرية وصالح الأفراد الآخرين ومع الصالح العام، بالإضافة إلى أنه لا بد من حماية الطرف الضعيف ضمن العملية التعاقدية، وغير هذا من مبررات التقييد، والنتيجة أن التشريعات الوضعية انتهت من حيث الفكرة إلى ما أقرته الشريعة الإسلامية منذ البداية.

ثانياً: ما وصل إليه الفقه الوضعي من وضع تشريعات تضبط العقود وتوجد توازناً بين أطراف العقد تقترب كثيراً من حكمة وجود مقتضى العقد في الفقه الإسلامي.

(١) المرجع السابق، ١/١٠٣

## المبحث الثاني

### الشروط<sup>(١)</sup> المقترنة بالعقد تقييدا في الفقه الإسلامي وعلاقتها بمقتضاه

هذا الموضوع من أهم ميادين مقتضيات العقود إن لم يكن أهمها على الإطلاق، وربما يأخذ أحد ما بين يديه من أمهات كتب المذاهب الفقهية عندنا فلا يجد ذكرا لمقتضى العقد إلا في باب الشروط والسبب أن إقرار شرط في عقد ما طريق إلى تعديل الآثار الأصلية لذلك العقد، أو بتعبير آخر فإن إقرار شرط في عقد ما طريق لإضافة آثار زائدة على مقتضى ذلك العقد، اللهم إلا إذا كان ذلك الشرط جاء من باب تأكيد وتقرير ما أثبتته العقد في أصله من أحكام. يقول الزرقا: " فإن طريق إرادة العاقدين إلى تعديل الآثار الأصلية للعقد المسمى بينهما إنما هي الشروط التي يشترطانها في العقد، إذ يضيف العاقدان بهذه الشروط إلى نتائج العقد بينهما حقوقا والتزامات لم يكن ليقضيها أصل العقد لو خلا العقد عما اشترطاه فيه "<sup>(٢)</sup>

فإذا كانت آثار العقود هي المقصودة أساسا وهي غاية المتعاقدين فإن تأثير الإرادة العقدية في تعديلها من خلال الشروط يعادلها في الأهمية، هذا من جانب ومن جانب آخر فإن أحكام العقود وآثارها من ترتيب الشارع، وبالتالي فالسؤال المطروح هنا هو عن موقع إرادة العاقدين من هذا الترتيب؟ وعن مدى المساحة التي أعطيت لها.

وهل هي مطلقة حرة حدودها حدود الشريعة؟ أم هي مقيدة؟ ثم أين موقع نظرية مقتضى

العقد من الإطلاق و التقييد؟

من أجل توضيح هذا الأمر والإجابة على ما يثار من أسئلة، فإن الباحث سيقسم الحديث في هذا الموضوع على مطلبين تبعا لرأي الإطلاق ورأي التقييد والمهم هنا ليس استقصاء آراء

(١) الشروط والشرائط في اللغة جمع شرط، والشرط - كما جاء في تاج العروس - معناه: إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، انظر: الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، ص: ٤٠٤. وأما في الاصطلاح: فقد عرف الدكتور الدريني - رحمه الله - الشرط التقييدي المقترن بالعقد بقوله: هو التزام وارد في التصرف القولي عند تكوينه، زائد عن أصل مقتضاه شرعا. وذكر الدريني - رحمه الله - في تحليله لهذا التعريف:

١ - يبين التعريف الشرط أن الشرط يوجب تكليفا في تصرف قولي، سواء أكان عقدا بين طرفين من عقود المبادلات المالية أم غير المالية، أكان تصرفا انفراديا كالهبة، والوصية،  
٢ - وقولنا (وارد في التصرف القولي عند تكوينه)، يفيد عنه في صلب العقد إبان إنشائه، بحيث يصبح من بنوده وأجزائه التي تم التراضي على أساسها وهذا معنى الاقتران.  
٣ - أما كونه زائدا، فلاخراج الشرط الذي يتضمن التزاما هو من مقتضى العقد، لأن مثل هذا الالتزام يثبت بمطلق العقد قبل الاشتراط.

٤ - وقولنا: يفيد التزاما زائدا، يشمل ما إذا كان فيه نفع لأحد المتعاقدين، أو لغيرهما أولا منفعة فيه لأحد. انظر الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، الجزء الثاني، ص: (٤١٤ - ٤١٥)

(٢) الزرقا، المدخل الفقهي العام، الجزء الأول، ص: ٥٤٨ في الهامش.

الفقهاء<sup>(١)</sup> وأدلتهم والترجيح بينها بقدر ما هو الحديث عن موقع نظرية مقتضى العقد عند فقهاءنا إبان تصديهم لمسائل العقود؟

## المطلب الأول: الاجتهادات<sup>(٢)</sup> التي ترى أن الأصل في الشروط المقترنة بالعقد الحظر إلا ما ورد الشرع بإجازته ومدى صلتها بمقتضى العقد

الفرع الأول: الاجتهادات التي ترى أن الأصل في الشروط المقترنة بالعقد الحظر إلا ما ورد الشرع بإجازته، وبهذا قال أكثر الحنفية<sup>(٣)</sup> والمالكية<sup>(٤)</sup> والشافعية<sup>(٥)</sup> وطائفة من أصحاب أحمد<sup>(٦)</sup> والظاهرية<sup>(٧)</sup>، وهؤلاء هم الذين تشددوا في تطبيق نظرية مقتضى العقد وتمسكوا بها منطلقين من أن الأساس الحظر إلا ما ورد الشرع بإجازته، ولكنهم ليسوا سواء في هذا، فالدائرة تبدأ ضيقة جدا عند ابن حزم - رحمه الله - ثم تتسع باتجاه الشافعية ثم تتجه لتقترب كثيرا من القائلين بأن الأصل الإباحة من خلال اجتهادات فقهاء الحنفية والمالكية بهذا الشأن.

فهم متفقون من حيث الأصل ولكنهم مختلفون حول ما ورد الشرع بإجازته، ويمكن لنا أن نوجه الاجتهادات هنا باتجاهين: الأول: ويمثله الظاهرية والثاني: ويمثله البقية الباقية. الاتجاه الأول: الظاهرية.

ومذهبهم<sup>(٨)</sup>: أن كل شرط اقترن بعقد ما لم يأت نص على صحة ذلك الشرط، فالشرط باطل والعقد باطل، ولا يصح عندهم.

- 
- (١) فإن هذا الموضوع قتل بحثا واستقصاءا وكتب فيه من المعاصرين علماء كبار أمثال أبو زهرة والزرقا والدرييني رحمهم الله جميعا.
  - (٢) انظر في هذا التقسيم: ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، م ٤، ص: ٧٦ و ٧٩
  - (٣) انظر: المرغناني، علي بن أبي بكر، الهداية شرح بداية المبتدي، مطبوع مع شرح فتح القدير، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، (١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م)، م ٧، ص: ٢٤٠ وما بعدها.
  - (٤) انظر: الرعيني، أبا عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن ت: ٩٥٤هـ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ضبط وخرج آياته وأحاديثه: زكريا عميدات، دار عالم الكتب، الرياض، (١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م)، الجزء السادس، ص: ٢٤١ وما بعدها.
  - (٥) انظر: الغزالي، محمد بن محمد، الوسيط في المذهب، ط ١، حققه وعلق عليه: أحمد محمود إبراهيم، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، (١٤١٧هـ - ١٩٩٧م)، م ٣، ص: ٧٣.
  - (٦) انظر: ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، م ٤، ص: ٧٦.
  - (٧) انظر: ابن حزم، محمد، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد ت: ٤٥٦هـ، المحلى، ط ١، تحقيق محمد الدمشقي، إدارة الطباعة المنبرية، مصر، ١٣٥٠هـ، الجزء ٨، ص: ٤١٢.
  - (٨) ابن حزم، المحلى، ٤١٢/٨ وما بعدها.

من الشروط إلا سبعة وهي:

- ١ - اشتراط الرهن فيما يتبايعاه إلى أجل مسمى.
- ٢ - اشتراط تأخير الثمن إن كان دنائير أو دراهم إلى أجل مسمى.
- ٣ - اشتراط أداء الثمن إلى الميسرة وإن لم يذكر أجلا.
- ٤ - اشتراط صفات المبيع التي يتراضيانها معا ويتبايعان ذلك الشيء على أنه بتلك الصفة.
- ٥ - اشتراط أن لا خلافة.

٦ - وهو شرط متعلق بالعبيد والإماء<sup>(١)</sup>.

٧ - بيع أصول نخل فيها ثمرة قد أبرت قبل الطيب أو بعده، فيشترط المشتري الثمرة لنفسه، أو جزءا معيناً منها، أو مسمى مشاعاً في جميعها. قال ابن حزم: " فهذه ولا مزيد وسائرهما باطل"<sup>(٢)</sup>

**مجمل أدلته:** يستدل<sup>(٣)</sup> بحديث عائشة رضي الله عنها والذي قالت فيه ((إن رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب الناس فحمد الله وأنتى عليه [ بما هو أهله ]<sup>(٤)</sup> ثم قال: أما بعد فما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله ما كان من شرط ليس في كتاب الله عز وجل فهو باطل وإن كان مائة شرط كتاب الله أحق وشرط الله أوثق))<sup>(٥)</sup>

قال ابن حزم: " فهذا الأثر كالشمس صحة وبيانا يرفع الإشكال كله، فلما كانت الشروط كلها باطلة غير ما ذكرنا، كان كل عقد، ومن بيع أو غيره، عقد على شرط باطل، باطلاً ولا بد، لأنه عقد على أنه لا يصح إلا بصحة الشرط."<sup>(٦)</sup>

(١) شريعة الإسلام السمحة نادت من أول مجيئها بحرية الانسان وإعلاء مكانته، وتعاملت مع تجارة الرق المنتشرة في المجتمعات البشرية وقتها بواقعية، حيث أعطت الحلول العملية لحصول الانسان المسترق على حريته فقد ضيقت المسالك أمام الاسترقاق وفتحت كل الطرقات لنيل المسترقين حرياتهم وأعطت الأجر الكبير على اعتاق الرقاب وربطت كثيراً من الكفارات بهذا العمل الجليل.

(٢) ابن حزم، المحلى، ٤١٢/٨.

(٣) ابن حزم يأتي بالروايتين اللتين في صحيح مسلم وفي سنن أبي داود، انظر: المحلى، ٤١٢/٨ - ٤١٣

(٤) زيادة للمحقق من صحيح مسلم، المرجع السابق، ٤١٢/٨

(٥) رواه الإمام البخاري في صحيحه: كتاب البيوع، باب إذا اشترط شروطاً في البيع لا تحل، حديث رقم: ٢١٦٨.

انظر: البخاري، أبا عبد الله محمد بن إسماعيل، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى

الله عليه وسلم وسننه، المعروف بصحيح البخاري، رقم كتبه وأبوابه وفقاً للمعجم المفهرس، وضع فهرسه:

محمد نزار تميم وهيثم نزار تميم، شركة دار الأرقم بن الأرقم، بيروت، ص: ٤٤٨ - ٤٤٩

(٦) ابن حزم، المحلى، ٤١٢/٨.

ويعلل صحة الشروط السبعة التي استثنائها بأنه جاء النص عليها بكتاب الله عز وجل أو في سنة الرسول صلى الله عليه وسلم وما كان في سنة الرسول صلى الله عليه وسلم فهو في كتاب الله عز وجل، وأما عدم جواز غيرها، فلو وجدنا خبراً يصح في غير هذه الشروط باقياً غير منسوخ لقلنا به، ولم نخالفه ثم يستطرد بعد هذا في إثبات وجة نظره ويناقش أدلة غيره ويعلق على صحة بعض أدلتهم سوى الشروط السبعة التي ذكرها ابن حزم - رحمه الله - لأن بصحتها جاء النص<sup>(١)</sup>.

**الاتجاه الثاني:** أكثر فقهاء الحنفية والشافعية وطائفة من أصحاب مالك وبعض أصحاب

أحمد

### أولاً: الشافعية:

ويوضح اتجاه مذهبهم الإمام الغزالي في وسيطه عند حديثه عن البيوع المنهي عنها حيث يقول: ".... والثامن: نهى عن بيع وشرط<sup>(٢)</sup>: فاقتضى مطلقة امتناع كل شرط في البيع، والمفهوم من تعليقه: أنه إذا انضم شرط إلى البيع بقيت معه علة بعد العقد، يتصور بسببها منازعة ويفوت بفواتها مقصود العاقد، وينعكس على أصل العقد، فيحسم الباب، ولم يكن محذور هذا النهي منفصلاً عن العقد، فيبدل على فساده أو فساد الشرط لا محالة. ويستثنى من هذا الأصل حال الإطلاق ستة شروط...."<sup>(٣)</sup>.

**فواضح مما أورده الإمام الغزالي أن الأصل عند الشافعية التقييد والحظر لا الإباحة لكنهم** يوسعون الدائرة ولا يشترطون إتيان نص بجواز كل شرط باسمه ليصح عندهم، وهذا يلح من التعليل الذي قدمه الإمام الغزالي ومن مسميات الشروط التي استثنائها فهو يستثنى ستة شروط وهي<sup>(٤)</sup>: **الأول:** أن يشترط ما يوافق العقد، كقوله: بعث بشرط أن تنتفع به.

**الثاني:** شرط الخيار ثلاثة أيام فما دونه بشرط أن يكون معلوماً وأن لا يكون زائداً.

(١) المرجع السابق نفسه، ٤١٢/٨.

(٢) قال صاحب نصب الرأية الإمام الزيلعي - رحمه الله - الحديث الحادي عشر: روى أن النبي صلى الله عليه وسلم ((نهى عن بيع وشرط))، قلت رواه الطبراني في معجمه الأوسط عن أبي حنيفة حدثني عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، عن النبي صلى الله عليه وسلم: ((أنه نهى عن بيع وشرط)) ثم يذكر الإمام الزيلعي قصة راوي الحديث عن أبي حنيفة وسؤاله لأبي حنيفة وابن أبي ليلى وابن شبرمه عن نفس المسألة وكل منهم يحتج بحديث، وهذا الحديث ((نهى عن بيع وشرط)) أن المحتج به أبو حنيفة رضي الله عنه، ثم يذكر الزيلعي أن الحاكم أبو عبد الله النيسابوري رواه في كتاب علوم الحديث في باب الأحاديث المتعارضة، ثم يذكر الزيلعي قول ابن القطان في الحديث. قال: وعليه ضعف أبي حنيفة في الحديث. انظر: الزيلعي، نصب الرأية، كتاب البيوع، الحديث الحادي عشر، م، ٤، ص (١٧، ١٨)

(٣) الغزالي، محمد، بن محمد، الوسيط في المذهب، م، ٣، ص: ٧٣.

(٤) المرجع السابق نفسه، ٣/ (٧٣ - ٨٣).

**الثالث:** شرط المهلة في الثمن إلى ميقات معلوم.

**الرابع:** شرط الوثيقة في الثمن بالرهن، أو الكفيل أو الشهادة.

**الخامس:** مما استثنى عن النهي وهو شرط العتق في المبيع وهذا فيه خلاف عندهم والمنصوص عن الإمام الشافعي - رحمه الله - تصحيح العقد والشرط.

**السادس:** إذا شرط في البيع وصفا ناجزا، ليس يتوقف على إنشاء أمر بعده فهذه ستة استثناءات عند الشافعية.

وإذا كانت الشروط السابقة المذكورة عند الإمام الغزالي في كتابه الوسيط لم تحمل في تقسيماتها التصريح بما يخص مقتضى العقد، فإن الإمام النووي يصرح بذلك حيث يذكر في كتابه المجموع<sup>(١)</sup> حيث يذكر أن الشروط بشكل عام خمسة أضرب:

**الأول:** ما هو من مقتضى<sup>(٢)</sup> العقد بأن باعه بشرط خيار المجلس، أو تسليم المبيع أو الرد بالعيب، أو الرجوع بالعهد، أو انتفاع المشتري كيف يشاء.

**الثاني:** أن يشترط ما لا يقتضيه إطلاق العقد لكن فيه مصلحة للعاقد كخيار الثلاث، والأجل، والرهن، والضمين والشهادة.

**الثالث:** أن يشترط مالا يتعلق به غرض يورث تنازعا كشرط أن لا يأكل إلا الهريسة، أو لا يلبس إلا الخز والكتان.

**الرابع:** أن يبيعه عبدا أو أمة بشرط أن يعتقه المشتري ففيه ثلاثة أقوال والمنصوص عن الشافعي صحة البيع ولزوم الشرط.

**الخامس:** وهو أن يشترط ما سوى الأربعة من الشروط التي تنافي مقتضى البيع بأن باعه شيئا بشرط أن لا يبيعه ولا ينتفع به، أو لا يعتقه أو لا يقبضه أو لا يؤجره أو لا يطأها أو لا يسافر به أو لا يسلمه إليه أو بشرط يبيعه غيره، أو يشتري منه أو يقرضه أو يؤجره أو خسارة عليه إن باعه بأقل أو أنه إذا باعه لا يبيعه إلا له، أو شابه ذلك، فالبيع باطل في جميع هذه الصور وأشباهاها لمنافاة مقتضاه، ولا فرق أن يشترط شرطا واحدا في العقد أو شرطين

(١) انظر النووي، أبا زكريا محيي الدين بن شرف، كتاب المجموع شرح المهذب للشيرازي، حققه وعلق عليه وأكمله بعد نقصانه محمد نجيب المطيعي، دار عالم الكتب، الرياض، الجزء التاسع، ص(٢٦٩ - ٢٧٤)

(٢) الدكتور حسن الشاذلي في كتابه نظرية الشرط بحث هذا الشرط مع شرط اشتراط صفة قائمة بالمعقود عليه وقت التعاقد، في فصل مستقل تحت عنوان شروط يصدق عليها إنها شروط مجازا لا حقيقة، انظر الشاذلي، حسن علي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، دار الاتحاد العربي للطباعة لصاحبها محمد عبدالرزاق، ص: ٥٨ وما بعدها.

ويستدل الإمام النووي على المذهب فيضيف إلى حديث النهي عن بيع وشرط<sup>(١)</sup> الذي استدل به الغزالي، حديث عائشة في قصة<sup>(٢)</sup> بريرة رضي الله عنها وأرضاها.

وأيضاً يستدل بأثرين<sup>(٣)</sup> عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه يرويان في هذا الباب

ونلاحظ هنا حضور مقتضى العقد كحاكم على الشروط عند الشافعية وخاصة في حالة المنافاة، فما نافاه حكم عليه بالبطلان.

### الاتجاه الثاني: الحنفية<sup>(٤)</sup>:

وهم كالشافعية من حيث ضبطهم للشرط المقيد حيث يجعلونه أربعة أنواع:

الأول: أن يكون مما يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري.

الثاني: أن يكون ملائماً لمقتضاه كاشتراط كفيل لأن هذا الشرط وإن لم يكن من مقتضى العقد إلا أنه يلائمه.

الثالث<sup>(٥)</sup>: أن يكون مما ورد به النص، وهذا الشرط متفق عليه عند المذاهب كلها، كاشتراط خيار الرؤية، فمع مخالفة هذا الشرط لمقتضى العقد، لأنه يجعل العقد غير لازم إلا أنه شرط صحيح لثبوته بالنص.

الرابع: أن يكون مما جرى به الناس في التعامل، كمن يشتري نعلا ويشترط على البائع أن يحذوه له ليزيد في متانته ويطيل في صلاحيته فهذا الشرط تنازعه دليلان، دليل القياس الذي لا يقبل مثل هذه الشروط ودليل العرف أو الاستحسان العرفي الذي يقضي بمشروعيته، والعرف مقدم على القياس فقبل هذا الشرط عند الحنفية، لذلك نجد المرغيناني صاحب الهداية يستثني هذا الشرط من الشروط الفاسدة حيث يقول: "إلا أن يكون متعارفاً لأن العرف قاض على القياس"<sup>(٦)</sup>.

(١) سبق تخريج الحديث عندما احتج به الإمام ابن حزم الظاهري - رحمه الله -

(٢) سبق تخريجه عند ذكر كلام الإمام الغزالي - رحمه الله - في هذا الباب.

(٣) الأثر أخرجهما الإمام مالك - رضي الله عنه - في كتاب البيوع: باب ما يفعل في الوليدة إذا بيعت والشرط فيها انظر الأثرين: الإمام مالك، الموطأ، ص: ٣٦١.

(٤) انظر: العيني، أبو محمد محمود بن أحمد، البناء في شرح الهداية، ط٢، دار الفكر، بيروت، (١٤١١هـ - ١٩٩٠م) ٧/ص (٢٣٨ - ٢٤١)، و ابن مودود، الإمام عبد الله بن محمودت ٦٨٣هـ، الاختيار لتعليل المختار، علق عليه وخرج أحاديثه عبد اللطيف محمد، منشورات محمد بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ٢/ (٢٥ - ٢٦)

(٥) انظر الدريني: بحوث فقهية مقارنة، ٢ / ٤٢١

(٦) المرغيناني، الهداية، ٧/ (٢٤٠ - ٢٤١).

قال العيني في شرح هذه العبارة في البناية: " هذا استثناء من قوله يفسده، أي إلا أن يكون الشرط متعارفا بين الناس... فلا يفسد البيع (لأن العرف قاض على القياس) لأن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي<sup>(١)</sup>."

وفي موضع آخر يذكر المرغيناني أن مستند جواز اشتراط المشتري للنعل على البائع أن يحذوه هو الاستحسان مع أن القياس على خلاف ذلك قال: " وفي الاستحسان يجوز التعامل فيه فصار كصبغ الثوب، وللتعامل جوزنا الاستصناع"<sup>(٢)</sup>

فهذه شروط الحنفية للصحيح من الشروط المقترنة بالعقود، ويستدلون على مذهبهم بالأدلة التي يفهم منها أن الأصل الحظر كحديث النبي صلى الله عليه وسلم في نهيه عن بيع وشرط، ولكنهم يفتحون الباب بعد أن ضيقوه من خلال القياس والاستحسان والعرف بحيث يقبلون ما ثبتت هذه الأدلة الشرعية من شروط.

ثالثا: اتجاه المالكية:

وهم أقرب الجمهور إلى أصحاب الرأي الثاني سعة وقبولاً للشروط المقترنة بالعقد وفيما يلي عرض موجز لوجهة نظرهم في هذا الموضوع.

يذكر ابن رشد<sup>(٣)</sup> - رحمه الله - أن معرفة الفروق بين الشروط صحيحها وباطلها عند الإمام مالك قد أعيأ الكثير من الفقهاء ممن راموا ذلك، ثم يحسم معرفة الفروق هذه بقوله أنها راجعة إلى كثرة ما يتضمن الشروط من صنفي الفساد الذي يخل بصحة البيوع وهما الربا والغرر وإلى قلته وإلى التوسط بين ذلك، أو إلى ما يفيد نقصا في الملك فما كان دخول هذه الأشياء فيه كثيرا من قبل الشرط أبطله وأبطل الشرط، وما كان قليلا أجاز الشرط فيها، وما كان متوسطا أبطل الشرط وأجاز البيع فيها.

قلت: وقوله " أو إلى ما يفيد نقصا في الملك " يماثل ما عبر عنه ابن رشد الجد في مقدماته على المدونة الكبرى: بالشروط التي تقتضي التحجر على المشتري في السلعة التي

(١) العيني، البناية، ٧/ ٢٤٠،

(٢) المرغيناني، الهداية، ٧/ ٢٤٨.

(٣) هذا الذكر بعد إيراد أن الشروط عند الإمام مالك تنقسم ثلاثة أقسام: شروط تبطل هي والبيع معا، وشروط تجوز هي والبيع معا، وشروط تبطل ويثبت البيع، وقد يظن أن هناك قسما رابعا وهو أن من الشروط ما إن تمسك المشتري بشرطه بطل البيع، وإن تركه جاز البيع. انظر: ابن رشد، أبا الوليد محمد بن أحمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط٦، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت (١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م) ٢، ص: ١٦٠



اشترى<sup>(١)</sup> كأن يبيع الرجل السلعة ويشترط على المشتري أن لا يبيعها ولا يهبها أو إذا باعه دابة فلبائع أن يركبها أو إذا باعه بيتا فلبائع أن يسكنه أو غير هذه من الشروط التي تمنع المشتري من التصرف الكامل في ملكه الذي انتقل إليه بعد إبرامه عقد البيع، فكأن الملك مع هذه الشروط انتقل للمشتري انتقالا ناقصا<sup>(٢)</sup>، فمثلا إذا اشترط عليه البائع أن لا يبيع السلعة، فإن المشتري مع ثبوت هذا الشرط في العقد خرج من ملكه إمكانية بيع تلك السلعة إذا أراد فيما بعد أن يبيعها، وهكذا في كل شرط من هذا النوع من الشروط، فإن ثبوته في العقد يؤدي إلى نقص في الملك الذي انتقل للمشتري بعد العقد.

**الأدلة وسبب الاختلاف<sup>(٣)</sup>:** يعزو ابن رشد سبب اختلاف الفقهاء في هذا الباب إلى ثلاثة

أحاديث تتعارض في ظاهرها وهي: **الأول:** حديث جابر رضي الله عنه قال: "ابتاع مني رسول الله صلى الله عليه وسلم بغيرا وشرط ظهره إلى المدينة"<sup>(٤)</sup> وهذا الحديث في الصحيح.

**والحديث الثاني:** حديث بريرة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم

قال: "كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ولو كان مائة شرط"<sup>(٥)</sup> والحديث متفق على صحته

**والحديث الثالث:** حديث جابر قال: "نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة

والمزابنة والمخابرة والمعاومة والثنيا ورخص في العرايا وهو أيضا في الصحيحين

(١) ابن رشد (الجد)، أبا الوليد محمد بن أحمد ت ٥٢٠هـ، مقدمات ابن رشد لبيان ما اقتضته المدونة من أحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، م ٥، ص: ٤٠٥. ملاحظة: لم تحتوي هذه الطبعة على ذكر سنة الطبع.

(٢) انظر: كلام الإمام مالك في الموطأ في باب ما يفعل في الوليدة والشرط فيها، وتعليقه على شرط ألا يبيعها ولا يهبها، حيث يقول: " فلم يملكها ملكا تاما" انظر: أنس أبو عبد الله مالك، الموطأ، ط ١، اعتنى به محمود بن الجميل، مكتبة الصفا، القاهرة، (١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م)، ص: ٣٦١، حديث رقم ١٢٨٧، وانظر أيضا: ابن عبد البر، أبا عمر يوسف بن عبد الله ت: ٤٦٣هـ، الاستنكار، ط ١، علق عليه ووضع حواشيه: سالم محمد عطا ومحمد علي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، (١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م)، م ٦، ص: ٢٩٤.

(٣) انظر: ابن رشد، بداية المجتهد، م ٢، ص: ١٥٩ وما بعدها.

(٤) أخرجه الإمام البخاري في عدة مواضع من صحيحه ولكن الرواية الأقرب في كتاب الجهاد والسير باب استئذان الرجل الإمام، حديث رقم (٢٩٦٧) وفي هذه الرواية يقول جابر رضي الله عنه ((فبعته إياه على أن لي فقار ظهره حتى أبلغ المدينة، انظر: البخاري، الجامع، ص: ٦٢٥. وأخرجه الإمام في مسلم كتاب المساقاة، باب بيع البعير واستثناء ركوبه بعدة روايات منها، عن عطاء بن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم، قال له ((قد أخذت جملك بأربعة دنانير ولك ظهره إلى المدينة))، انظر: مسلم، الجامع الصحيح، ٣٦/١١.

وأخرجه الإمام الترمذي في سننه في كتاب البيوع، باب ما جاء في اشتراط ظهر الدابة عند البيع، حديث رقم: ١٢٥٣، وجاء في رواية الترمذي: عن جابر أنه باع من النبي صلى الله عليه وسلم بغيرا واشترط ظهره إلى أهله. انظر: الترمذي، أبا عيسى محمد بن عيسى بن سورة، الجامع الصحيح، وهو سنن الترمذي، الطبعة الثانية، تحقيق وتخريج وتعليق: محمد فؤاد عبد الباقي، شركة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، بمصر (١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م) الجزء الثالث، ص: ٥٤٥.

(٥) الحديث سبق تخرجه، عندما استدل به ابن حزم الظاهري.

خرجه مسلم<sup>(١)</sup>، فهذه الأحاديث النبوية الثلاثة بالإضافة إلى أحاديث أخرى في هذا الباب مثل حديث " نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط"، كانت سبب الاختلاف بين العلماء لتعارضها في الظاهر، فقال قوم: البيع فاسد والشرط جائز، وممن قال بهذا القول الشافعي وأبو حنيفة، وقال قوم: البيع جائز والشرط جائز، وممن قال بهذا القول ابن شبرمة، وقال قوم: البيع جائز والشرط باطل، وممن قال بهذا القول ابن أبي ليلى، وقال أحمد: البيع جائز مع شرط واحد، وأما مع شرطين فمن أبطل البيع والشرط أخذ بعموم نهيهِ عن بيع وشرط، ومن أجاز الواحد احتج بحديث عبد الله بن عمرو بن العاص الذي أخرجه أبو داود في سننه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " لا يحل سلف وبيع، ولا يجوز شرطان في بيع، ولا ربح مالا تضمن، ولا بيع ما ليس هو عندك". (٢)(٣)

- (١) أخرجه الإمام مسلم في صحيحه: كتاب البيوع، باب النهي عن المحاقلة والمزابنة وبيع الثمرة قبل بدو صلاحها، وعن بيع المعاومة وهو بيع السنين. انظر: القشيري، مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم بشرح الإمام النووي، ط ٣، دار الخير للطباعة والنشر، بيروت، ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م، ١٠/١٩٥ ملاحظة: ورد في الحديث النبوي الشريف أنواعا من البيوع الفاسدة وفيما يلي توضيح لمفهومها بإيجاز: أولا: المحاقلة والمزابنة، فالمزابنة: أن يباع ثمر النخل بالتمر، والمحاقلة أن يباع الزرع بالقمح، ذكر الإمام النووي في هذا شرحه لأحاديث باب (تخريج بيع الرطب بالتمر ١٠/١٨٣). ثانيا: المخابرة: فهي والمزارعة متقاربتان وهما المعاملة على الأرض ببعض ما يخرج منها من الزرع كالثلاث، والرابع وغير ذلك من الأجزاء المعلوم، والفرق بينهما أنه في المزارعة يكون البذر من مالك الأرض والمخابرة يكون البذر من العامل، قال الإمام النووي: " هكذا قاله جمهور أصحابنا ". انظر: الإمام النووي في شرحه على صحيح الإمام مسلم، ١٠/١٩٥ ثالثا: المعاومة: مفاعلة من العام بمعنى السنة فسرت في الكتاب ببيع السنين وهو كما في المناوي: بيع ما ثمره على نخله سنتين أو ثلاثا نهى عنه لأنه غرر لا يصح. رابعا: الثنبا: هي أن يستنتي في عقد البيع شيء مجهول كان يقول بعثك هذه الثياب إلا بعضها. انظر بخصوص المعاومة والثنبا من حاشية الطبعة التركية لصحيح مسلم وهي طبعة قديمة لصحيح مسلم جعلتها مكتبة الإسكندرية أقراص خاصة على هيئة (pdf) مجموعة من كتب السنة النبوية قدمتها لطلبة الدراسات العليا والعلم الشرعي.
- خامسا: العرايا: ذكر الإمام البخاري في صحيحه في كتاب البيوع، باب تفسير العرايا أقوالا في تفسيرها نختار منها قوله: " وقال مالك العرية أن يُعري الرجل الرجل النخلة، ثم يتأذى بدخوله عليه، فرخص له أن يشتريها منه بتمر.... وقال يزيد عن سفيان بن حسين: العرايا نخل كانت توهب للمساكين فلا يستطيعون أن ينتظروا بها، رخص لهم أن يبيعوها بما شاعوا من الثمر. انظر: البخاري، الجامع، ص: ٤٥٢
- (٢) أخرجه الإمام أبو داود في سننه في كتاب البيوع والإجارت، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده. انظر: أبا داود، سليمان بن الأشعث، سنن أبي داود، ط ١، إعداد وتعليق عزت عبيد الدعاس وعادل السيد، دار ابن حزم، بيروت، (١٤١٨هـ - ١٩٩٧م)، م ٣، ص: ٤٩٥، رقم الحديث ٣٥٠٤.
- (٣) ذكره الإمام المنذري في مختصره على سنن أبي داود، أخرجه الترمذي والنسائي وابن ماجه، وقال الترمذي: حسن صحيح، ويشبه أن يكون صححه لتصريحه فيه بذكر عبدالله بن عمرو. ويكون مذهبه في الإمتناع من الاحتجاج بحديث عمرو بن شعيب: إنما هو للشك في إسناده، لجواز أن يكون الضمير عائدا على محمد بن عبدالله بن عمرو. فإذا صح بذكر عبدالله بن عمرو انتفى ذلك. والله عز وجل أعلم "
- انظر: المنذري، أبو محمد عبد العظيم بن عبد القوي، مختصر سنن أبي داود، تحقيق محمد حامد الفقي، دار المعرفة، بيروت، م ٥، ص: ١٤٦ وما بعدها
- ملاحظة: ضم في هذه الطبعة إلى مختصر الحافظ المنذري كتابي: معالم السنن لأبي سليمان الخطابي وتهذيب ابن قيم الجوزية.

قال ابن رشد متحدثاً عن مزية مذهب الإمام مالك من بين هذه الأقوال كلها: " ويرى أصحابه أن مذهبه هو أولى المذاهب، إذ بمذهبه تجتمع الأحاديث كلها، والجمع عندهم أحسن من الترجيح".<sup>(١)</sup>

وهو يشير بهذا إلى أن تقسيمات الإمام مالك للشروط صحيحها وباطلها استوعبت التعارض الظاهر بين الأحاديث النبوية المذكورة في هذا الباب، فتم الجمع بينها دون الحاجة إلى تقديم أو ترجيح حديث على آخر من أحاديث المصطفى عليه الصلاة والسلام.

ويذكر المالكية<sup>(٢)</sup> في هذا الباب رواية<sup>(٣)</sup> ابن عبد الوارث بن سعيد قال: قدمت مكة فوجدت فيها أبا حنيفة، وابن أبي ليلى وابن شبرمة، فسألت أبا حنيفة فقلت: ما تقول في رجل باع بيعاً واشترط شرطاً، فقال البيع باطل والشرط باطل،

ثم أتيت ابن أبي ليلى فسألته فقال: البيع جائز والشرط باطل، ثم أتيت ابن شبرمة فقال: البيع جائز والشرط جائز، فقلت سبحان الله ثلاثة من فقهاء العراق اختلفوا في مسألة واحدة، فأتيت أبا حنيفة فأخبرته فقال: لا أدري ما قالوا.

حدثني عمرو بن شعيب، عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط، ثم أتيت ابن أبي ليلى فأخبرته فقال: لا أدري ما قالوا، حدثني هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة قالت: أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أشتري بريرة وأعتقها وإن اشترط أهلها الولاء، فإن الولاء لمن أعتق، والبيع جائز والشرط باطل، ثم أتيت ابن شبرمة فأخبرته فقال: لا أدري ما قالوا، حدثني سعد بن كرام، عن محارب بن دثار، عن جابر قال: بعث من النبي صلى الله عليه وسلم ناقه وشرط لي خلابها وظهرها إلى المدينة، البيع جائز والشرط جائز.

قال المالكية: فعرف مالك رحمه الله الأحاديث كلها واستعملها في مواضعها وتأويلها على وجهها.

(١) ابن رشد، بداية المجتهد، المجلد الثاني، ص: ١٦٠

(٢) انظر: ابن رشد، مقدمات ابن رشد لبيان ما اقتضته المدونة من أحكام، م، ص: ٤٠٧.

(٣) قال صاحب الرأية الإمام الزيلعي - رحمه الله - الحديث الحادي عشر: روى أن النبي صلى الله عليه وسلم ((نهى عن بيع وشرط))، قلت رواه الطبراني في معجمه الأوسط عن أبي حنيفة حدثني عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، عن النبي صلى الله عليه وسلم: ((أنه نهى عن بيع وشرط)) ثم يذكر الإمام الزيلعي قصراً في الحديث عن أبي حنيفة وسؤاله لأبي حنيفة وابن أبي ليلى وابن شبرمة عن نفس المسألة وكل منهم يحتج بحديث، وهذا الحديث ((نهى عن بيع وشرط)) ان المحتج به أبو حنيفة رضي الله عنه، ثم يذكر الزيلعي أن الحاكم أبو عبد الله النيسابوري رواه في كتاب علوم الحديث في باب الأحاديث المتعارضة، ثم يذكر الزيلعي قول ابن القطان في الحديث. قال: وعليه ضعف أبي حنيفة في الحديث. انظر: الزيلعي، نصب الرأية، كتاب البيوع، الحديث الحادي عشر، م، ص (١٧، ١٨)

ويوضح ابن رشد الجد المسألة أكثر فيقسم الشروط المشترطة في البيوع إلى أربعة أقسام<sup>(١)</sup>:

الأول: يفسخ به البيع على كل حال ولا خيار في الربا أو الغرر في الثمن أو المثمن وما أشبه ذلك.

الثاني: يفسخ فيه البيع ما دام مشترط الشرط متمسكا بشرطه.

الثالث: يجوز فيه البيع والشرط وذلك إذا كان الشرط صحيحا ولم يؤول البيع به إلى غرر ولا فساد في ثمن ولا مثمن ولا إلى ما أشبه ذلك من الإخلال بشرط من الشرائط المشترطة في صحة البيع وذلك مثل أن يبيع الرجل الدار ويشترط سكنها أشهر معلومة أو يبيع الدابة ويشترط ركوبها أياما يسيرة أو إلى مكان قريب.

الرابع: يجوز فيه البيع ويفسخ الشرط وهو ما كان الشرط فيه غير صحيح إلا أنه خفيف فلم يقع عليه حصة من الثمن وذلك مثل أن يبيع السلعة ويشترط إن لم يأت إلى ثلاثة أيام أو نحوها فلا يبيع بينهما ومثل الذي يبيع البستان بشرط البراءة من الجائحة لم يؤثر ذلك لأن الجائحة أمر نادر فلم يقع لشرطه ذلك حصة من الثمن ولم يلزم الشرط.

قال ابن رشد الجد: " فهذا مذهب مالك رحمه الله في الشروط المقترنة بالبيع، وعلى هذا الترتيب لا يتعارض ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم في باب خلاف ماذهب إليه أهل العراق"<sup>(٢)</sup>

فخلاصة الأمر أن الإمام مالك جمع بين أحاديث الباب فعمل بكل حديث منها موضعه، فمرة يبطل البيع بالشرط الباطل ومرة يبطل الشرط ويبقى العقد صحيحا ومرة يصح العقد والشرط فحصل عنده الجمع بين الأحاديث، ولم يرجح حديثا على آخر وهذا ما عبرت عنه تقسيمات المالكية السابقة للشروط المقترنة بالعقد.

### موقع مقتضى العقد من تقسيمات الشروط المقترنة بالعقد عند المالكية

قسم العلامة البناني في حاشيته المسماة:الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني، الشروط المقترنة بالعقد إلى أربعة أقسام - تبعا لتقسيمات ابن رشد الجد في كتابه المقدمات - وهي<sup>(٣)</sup>:

(١) ابن رشد الجد، مقدمات ابن رشد، م، ص: ٤٠٦ - ٤٠٧

(٢) المرجع السابق نفسه، م، ص: ٤٠٧.

(٣) انظر: البناني، محمد بن الحسن بن مسعود ت: ١١٩٤هـ، الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني، ط، ضبطه وصححه وخرج آياته: عبد السلام محمد أمين، دار الكتب العلمية، بيروت، (١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م)، م، ص: ١٥٨ - ١٦٠.

القسم الأول: شرط ما يقتضيه العقد كتسليم المبيع والقيام بالعيب، ورد العوض عند انتقاض البيع، أو ما لا يقتضيه ولا ينافيه ككونه لا يؤول إلى غرر وفساد في الثمن أو المثلن ولا إلى الإخلال بشرط من الشروط المشترطة في صحة البيع وفي مصلحة أحد المتبايعين كالأجل والخيار والرهن وبيع الدار واستثناء سكنها أشهراً معلومة. فهذا القسم من الشروط صحيح.

القسم الثاني: ما يؤول إلى الإخلال بشرط من الشروط المتقدمة في صحة البيع كشرط ما يؤدي إلى جهل وغرر في العقد أو في الثمن أو في المثلن أو إلى الوقوع في الربا، كاشتراط مشاوره شخص بعيد أو اشتراط الخيار إلى مدة مجهولة، أو تأجيل الثمن إلى أجل مجهول، فهذا النوع من الشروط يوجب فسخ البيع على كل حال، ولا خيار لأحد المتبايعين في إمضائه.

ويستثنى من هذا النوع مسألة البيع بشرط السلف، فإنه لا يجوز لأنه يؤدي إلى الجهل بالمثلن لكن إنما يفسخ ما دام مشترط السلف متمسكاً بشرطه، فإن اسقط شرطه صح البيع.

القسم الثالث: ما يكون من الشروط منافياً لمقتضى عقد البيع لأن فيه تحجيراً على المشتري مثل أن يبيع السلعة على أن المشتري لا يبيعهها ولا يهبها، أو إن باع السلعة فالبائع أحق بها بالمثلن الذي يبيعهها به أو على الخيار إلى أمد بعيد وما أشبه ذلك مما يقتضي التحجير فالمشهور في هذا النوع أنه يفسخ ما دام البائع متمسكاً بشرطه فإن ترك الشرط صح البيع، وهناك بعض الاستثناءات من هذا الحكم.

قال البناني في حاشيته - معلقاً على كلام الإمام ضياء الدين خليل بن اسحاق في كتابه مختصر سيدي خليل - ما نصه: " وإلى هذا القسم إشارة المصنف بقوله وكبيع وشرط يناقض المقصود"<sup>(١)</sup>.

قلت: وقال الزرقاني في شرحه: " (وكبيع وشرط يناقض المقصود) من المبيع أو يخل بالمثلن "<sup>(٢)</sup>.

القسم الرابع: ما يكون فيه الشرط غير صحيح إلا أنه ضعيف فلم تقع له حصة من الثمن فيصح البيع ويبطل الشرط.

(١) المرجع السابق، م٥، ص: ١٦٠.

(٢) الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف بن أحمد ت: ١٠٩٩، شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل، ط(١)، ضبطه وصححه وخرج آياته: عبدالسلام محمد أمين، دار الكتب العلمية، بيروت، (١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م)، م٥، ص: ١٥٢.

ويلحظ في هذه التقسيمات مدى أهمية مقتضى العقد في باب الشروط المقترنة بالعقود عند المالكية، حيث إن القسم الأول من الشروط جاء مؤكداً لمقتضى العقد أم عدم منافي له فكان مقتضى العقد هو المعيار، وفي القسم الثالث ظهرت أهمية مقتضى العقد جلية وواضحة حيث ربط بين منافاة مقتضى العقد والإخلال بالملكية التامة المثبتة للمشتري في عقد البيع ثم قرن بين منافاة مقتضى العقد ومناقضة المقصود من العقد في المبيع والإخلال بالثمن، وجعلت هذه المنافاة لمقتضى العقد مبطلة للعقد ما دام المشتري متمسكاً بشرطه.

### الفرع الثاني: موقع مقتضى العقد من اجتهادات العلماء الذاهبة إلى أن الأصل في الشروط المقترنة بالعقد الحظر إلا ما ورد الشرع بجوازه.

اتفق<sup>(١)</sup> الفقهاء على أن مقتضيات العقود ثبتت بإثبات الشارع الحكيم لها، ومن هنا كانت كل الاجتهادات تقف عند هذه المقتضيات تتلمس مقصود الشارع وحكمته، في وضع هذه الأحكام وإثباتها في العقود، وهم عندما يقفون عندها إنما يقفون لكرامة النسبة، ولأن التشريع حق الله العظيم الحكيم الخبير العليم، ولذلك تجدهم يقفون عند النصوص، ليعرفوا أين مكان وقوف الأقدام، وأين مجال الأفهام، وإذا انتقل الناظر خطوة واسترجع كلام ابن رشد الحفيد السابق عن كون سبب اختلاف العلماء راجع إلى التعارض الظاهري<sup>(٢)</sup> بين أحاديث الباب، تبين له أن الاجتهادات المقيدة للاشتراط المقترن بالعقد إنما انطلقت من نصوص النهي عموماً عن الاشتراط بشروط ليست في كتاب الله، أو النهي عن بيع وشرط، لنقول أن الأساس في هذه الشروط الحظر، وأنه لكل عقد مقتضيات لا يجوز مخالفتها ويجب التوقف عندها لأن الشارع أودعها العقود لتحقيق العدل والمصلحة، ولتقييم الوزن بالقسط بين أطراف العقد.

فلو حصل أن أحد العاقدين أراد أن يقرن بالعقد عند الإنشاء شرطاً يحقق له مصلحة أو غاية يريدونها فإن التعامل مع هذه الإرادة ومع هذا الشرط من خلال نظرية مقتضى العقد ومن خلال ما أطره أصحاب هذه الاجتهادات من ضوابط للشرط الصحيح عندهم سيكون على النحو الآتي؟

(١) وسيأتي أن أصحاب الرأي الثاني القائلين بأن الأصل بالإباحة لا يخالفون في هذا وإنما لهم فهم خاص لمقتضيات العقود تتسع باتساع الشريعة التي أعطت للإرادة العقدية الإذن العام، وجعلته محدوداً بما تحكم عليه الشريعة بالحلال والحرام.

(٢) لأن التعارض الحقيقي بين الأحاديث النبوية محال

**أولاً: الظاهرية** سيكونوا أشد هذه الاجتهادات تضيقاً على إرادة العاقدين في الاشتراط، وسيحكمون بالبطلان إذا لم يكن من الشروط الستة الوارد النص بصحتها، وبالتالي فليس هناك أي حاجة أن نقول هذا يوافق مقتضى العقد أو لا يوافقه ما دام أن الشروط منصوص عليها.

فالفقيه ليس بحاجة إلى النظر في مقتضيات العقد بقدر ما هو بحاجة إلى النظر إلى الشروط الستة، وأي شرط يراد له المرور فلا بد أن يكون منصوصاً عليه، ولا شك أن هذا التوجه بنظر الباحث سيوقع الناس في زماننا بالحرص كيف لا وزماننا لا يقارن به أي زمان آخر تطوراً وتقدماً وسرعة في جميع نواحي الحياة، ثم لن تجد عالماً يقف أمام هذا السيل الجاري الجارف من العقود والشروط ويستطيع أن يعمل فيها هذه المنهجية في الاجتهاد في ضبط ما يقبل وما لا يقبل من الشروط المقترنة بالعقد.

**ثانياً: الحنفية والمالكية والشافعية:** وهؤلاء هم الذين صرحوا بضابط أن لا يكون الشرط منافياً لمقتضى العقد<sup>(١)</sup> للحكم على الشرط بالصحة وهم يختلفون فيما بينهم سعة وتضييقاً في فتح المجال أمام الشروط المقترنة بالعقد مع تمسكهم في الأصل بنظرية مقتضى العقد، وهذا راجع إلى اختلافهم في الأدلة الشرعية التي يتبنون فيها الأحكام ويجعلون الشرط الثابت من خلالها شرطاً مقبولاً وصحيحاً ليس بينه وبين مقتضى العقد تنافي لثبوت كليهما بالدليل الشرعي، ولا أدل على ما نقول من دليل العرف أو الاستحسان العرفي عند الحنفية وإذا قارنا هذا عند الحنفية مع ما عند الشافعية من عدم قبولهم للاستحسان فلا شك أن دائرة اتساع مذهب الحنفية في قبول الشروط المقترنة بالعقد ستزداد مقارنة مع الشافعية.

ولو أننا كذلك قارنا الشروط المقترنة بالعقد عند المالكية مع غيرهم فلا شك أن السعة في قبول هذه الشروط ستكون لصالح المالكية.

ويمكن القول بالجملة أن أصحاب هذه الاجتهادات يتمسكون بمقتضى العقد وسلطانه في قبول الشروط العقدية، لكنهم يختلفون في سعة دائرة القبول، والتي تضيق عند الشافعية ولكنها تتسع عند الحنفية، وأكثر منهم المالكية، وخاتمة القول أن يقال: إن الأمر مدار لاختلاف وجهات النظر في تقدير سعة المذاهب أو ضيقها، وأي المذاهب أوسع وأي المذاهب أضيق، وإن كان الرأي الذي يميل إليه الباحث ما ذكره هنا.

(١) وقد مر ذكر أنواع الشروط عندهم.

## المطلب الثاني: موقع مقتضى العقد من الاجتهادات التي ترى أن الأصل في الشروط المقترنة بالعقد

### الفرع الأول: الاجتهادات التي ترى أن الأصل في الشروط المقترنة بالعقد الإباحة.

وهؤلاء هم الذين فتحوا الباب على مصراعيه<sup>(١)</sup> أمام الإرادة العقدية في حرية الاشتراط.

قال شيخ الإسلام ابن تيمية - رحمه الله - : " وأصول أحمد رضي الله عنه المنصوص عنه أكثرها تجري على هذا القول، ومالك قريب منه لكن أحمد أكثر تصحيحاً للشروط فليس في الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحاً للشروط منه"<sup>(٢)</sup>

ويرجح شيخ الإسلام - رحمه الله - خصب وسعة قبول أصول إمام أهل السنة أحمد للاشتراط في العقود إلى سعة اطلاعه على النصوص والآثار، فيقول شيخ الإسلام ابن تيمية - رحمه الله - وكان قد بلغه في العقود والشروط من آثار عن النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة ما لم يجده عند غيره من الأئمة<sup>(٣)</sup>.

قلت: واللافت للنظر هنا، أن الأثر أو النص في فقه الإمام أحمد هو الذي يفتح الباب، ويطلق الحريات ويسد الحاجات، مع أن الذي يتبادر إلى الأذهان أن النص لا يكون إلا مقيداً، ولذلك لما كان الإمام أحمد المقدم بعلم الأثر، قدم لنا فقها سبق كل المنادين بإطلاق حرية الاشتراط في العقود في القرن الحادي والعشرون، فالرجوع إلى النصوص لا يعني رجوعاً عن الحريات، ولا يعني أبداً جموداً في التعامل مع الواقع الإنساني المتطور. وميزة الاجتهاد الحنبلي كما يبينه الشيخ الزرقا<sup>(٤)</sup> - رحمه الله - في قوله: " وهو أوسع الاجتهادات الفقهية الإسلامية وأرحبها صدراً بمبدأ سلطان الإرادة، ويتفق جوهر نظريته مع النظريات<sup>(٥)</sup> القانونية الحديثة في الفقه الأجنبي"<sup>(٦)</sup>.

(١) انظر: أبو زهرة، نظرية العقد، ص: ٢٧٢

(٢) ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، ٤ / ٧٩، ٨٠.

(٣) المرجع السابق نفسه، ٨٠/٤.

(٤) بعدما يقرر أن الإطلاق في حرية الشروط العقدية هو مبنى الاجتهاد الحنبلي، بحسب نصوص فقهاءه المختلفة. انظر الزرقا، المدخل الفقهي العام، ١/٥٥٣، ٥٥٢.

(٥) إيراد هذا النص ليس من باب الاحتفال بتوافق الفقه الحنبلي مع الفقه الحديث الأجنبي الوضعي لأنه شتان ما بين فقه ينير واقع البشر من خلال إعمال العقول في نصوص رب البشر، وبين فقه يتلمس طريقه من خلال إعمال العقول في واقع البشر، فالحقيقة أن لا وجه للمقارنة، وإنما إيراد هذا النص كان من باب أن الرجوع إلى الأصل وهو النص الشرعي جعل هذا الفقه بعد كل هذه القرون يحتفظ بجديته وسبقه وموائمته لحاجات الإنسان عبر الزمان والمكان، وخاصة مع وجود هذا التطور الهائل في حياة البشر اليوم

(٦) الزرقا، المدخل الفقهي العام، ١/٥٥٣



## الاستدلال لهذا المذهب الموسع لحرية الاشتراط في العقود:

أولاً: سعة علم الإمام أحمد رضي الله عنه بالأثار عن النبي صلى الله عليه وسلم أو أصحابه رضوان الله عليهم جميعاً، فما من شرط صححه إلا وأيده بدليل خاص من أثر أو قياس.

قال شيخ الإسلام ابن تيمية - رحمه الله - "وعامة ما يصححه أحمد من العقود والشروط فيها تنبه بدليل خاص من أثر أو قياس"<sup>(١)</sup>

ثانياً: الاستدلال بعموم الكتاب والسنة، ومنها الآيات القرآنية والأحاديث النبوية التي فيها الأمر بالوفاء بالعقود والعهود أو المدح للموفين بها، فمن القرآن الكريم: قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا

الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾<sup>(٢)</sup>، وقوله تعالى ﴿وَيَمَهِّدِ اللَّهُ أَوْفُوا﴾<sup>(٣)</sup>، وقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ

لَأَمْنَتِيهِمْ وَعَهْدِهِمْ رِعُونَ﴾<sup>(٤)</sup>، ومن الأحاديث النبوية وهي كثيرة<sup>(٥)</sup> حديث عبد الله بن عمر الذي في الصحيحين قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ((أربع من كن فيه كان منافقاً خالصاً، ومن كان فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها: إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا عاهد غدر، وإذا خاصم هجر))<sup>(٦)</sup>)).<sup>(٧)</sup>

وما في الصحيحين أيضاً، من حديث ابن عباس، عن أبي سفيان بن حرب لما سأله هرقل عن صفة النبي صلى الله عليه وسلم، "هل يغدر؟ قال: لا يغدر ونحن معه في مدة لا ندري ما هو صانع فيها، قال: ولم يمكني كلمة أدخل فيها شيئاً إلا هذه الكلمة، وقال هرقل في جوابه: سألتك هل يغدر فذكرت أن لا يغدر، وكذلك الرسل لا تغدر"، فجعل هذا صفة لازمة، وأيضاً أحاديث أخرى.

(١) ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، ٨٠/٤.

(٢) سورة المائدة، الآية الأولى.

(٣) سورة الأنعام، آية رقم ١٥٢.

(٤) سورة المؤمنون، آية رقم ٨.

(٥) كما يقول شيخ الإسلام ابن تيمية - رحمه الله - انظر: ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، ٨٦/٤.

(٦) هكذا موجود في هذه الطبعة للفتاوى الكبرى لشيخ الإسلام ابن تيمية - رحمه الله - ولعله خطأ مطبعي من الطابع، لأن الذي في الصحيحين لفظة: (فجر) بالفاء وليس بالهاء.

(٧) أخرجه الإمام البخاري في صحيحه في كتاب المظالم والغضب، باب إذا خاصم فجر، حديث رقم ٢٤٥٩، انظر: البخاري، الجامع، ص: ٥١٠ وأيضاً أخرجه الإمام مسلم في صحيحه في كتاب الإيمان، باب خصال المنافق، انظر: مسلم الجامع الصحيح، ٤٦/٢.

وعن وجه الاستدلال بها قال شيخ الإسلام: " فقد جاء الكتاب والسنة بالأمر بالوفاء بالعهود والشروط والمواثيق والعقود، وبإداء الأمانة، ورعاية ذلك، والنهي عن الغدر ونقض العهود والخيانة والتشديد على من يفعل ذلك، ولو كان الأصل فيها الحظر والفساد، إلا ما أباحه الشرع لم يجز أن يؤمر بها مطلقا ويذم من نقضها وغدر مطلقا"<sup>(١)</sup>

ويستدل رحمه الله على هذا التوجيه بأشياء جاء الأمر فيها مطلقا لما كان جنسها واجبا كالصلاة والزكاة وبأشياء لما كان الأصل فيها الحظر لم يأتي الأمر فيها مطلقا كقتل النفس لأنه لا يجوز أن يأتي الأمر مطلقا ثم يحمل على القدر المباح<sup>(٢)</sup>.

ثم يختم استدلاله الذي نقلنا بدايته بقوله: " وإذا كان حسن الوفاء ورعاية العهد مأمورا به، علم أن الأصل صحة العقود والشروط، إذ لا معنى للتصحيح إلا ما ترتب عليه أثره وحصل به مقصوده، ومقصوده هو الوفاء به، وإذا كان الشرع قد أمر بمقصود العهود، دل على أن الأصل فيها الصحة والإباحة"<sup>(٣)</sup>

ثالثا<sup>(٤)</sup>: أن العقود والشروط من باب الأفعال العادية، والأصل فيها عدم التحريم، حتى يرد دليل على التحريم.

فهذه بعض أدلتهم التي استدلت بها شيخ الإسلام ابن تيمية - رحمه الله -، وبقي أن نعرض أهم ما يعيننا في هذا الموضوع ألا وهو موقع مقتضى العقد من اجتهادات أصحاب هذا الرأي وهذا ما سنجعله موضوعنا في الفرع التالي.

### الفرع الثاني: مفهوم مقتضى العقد عند القائلين بأن الأصل في الشروط المقترنة بالعقد الإباحة.

قد يظن الناظر لأول وهلة أن الذين فتحوا الباب للاشتراط في العقود قد أتوا على نظرية مقتضى العقد من القواعد، وأن فقيهم عند تعامله مع الشروط قبولاً أو رفضاً لا يضع في حسبانها موافقة أو مناقضة مقتضى العقد، قد يظن هذا من مر على قولهم مروراً سريعاً، فإن

(١) أخرجه الإمام البخاري في صحيحه في كتاب الجهاد والسير، باب دعاء النبي صلى الله عليه وسلم إلى الإسلام والنبوة، وأن لا يتخذ بعضهم بعضاً أرباباً من دون الله، حديث رقم: ٢٩٤١، وانظر البخاري، الجامع المسند، ص: (٦١٩-٦٢٠)، وأخرجه الإمام مسلم في كتاب الجهاد والسير، باب كتب النبي صلى الله عليه وسلم، انظر: مسلم، الجامع الصحيح، ١٢/ ١٠٣-١٠٦

(٢) ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، ٨٨/٤

(٣) المرجع السابق نفسه، ٨٨/٤

(٤) المرجع السابق نفسه، ٩٠/٤

حدث وتمعن قليلا، فسيجد أن أصحاب هذا الرأي كسابقيهم<sup>(١)</sup> لمقتضى العقد عندهم مكان وأي مكان غير أنهم يفهمونه فهما آخر يتسع عندهم ليقبل أي شرط تجيزه الشريعة ما لم يأت على المقصود الأصلي للعقد.

قال شيخ الإسلام - رحمه الله - عن الشرط الذي ينافي مقتضى العقد: " وإنما يصح<sup>(٢)</sup> هذا إذا أتى في مقصود العقد، فإن العقد إذا كان له مقصود يراد جميع صورته وشرط فيه ما ينافي ذلك المقصود، فقد جمع بين المتناقضين بين إثبات المقصود ونفيه، فلا يحصل شيء، ومثل هذا الشرط باطل بالاتفاق، بل هو مبطل للعقد عندنا"<sup>(٣)</sup>.

إذن فأصحاب هذا الرأي يقدمون فهما آخر لمنافاة مقتضى العقد الحاصلة من الشرط المقترن بذلك العقد ما دام أن الشرط المقترن لا يناقض مقصود العقد فليس هناك أي مخالفة لمقتضى العقد البتة، ويضع الحنابلة في هذا المضمار شروطا ضابطة توازي هذا المفهوم حيث يجعلون الشرط الصحيح ثلاثة أنواع<sup>(٤)</sup>:

**أحدها:** أن يكون الشرط ثابتا بمقتضى العقد كالتقايض وحلول الثمن وتسليم البائع السيارة للمشتري، ونحوه في عقد البيع.

**الثاني:** أن يكون الشرط من مصلحة العقد، كأن يشترط صفة في الثمن كتأجيله، أو الرهن، أو الضمين به، أو صفة في المبيع ومن الأمثلة التي يضربها الحنابلة هنا أن يكون الفهد صيودا، وفي زماننا كأن تكون السيارة بمواصفات محددة كأن تحتوي على كيس هوائي يحمي سائقها عند الاصطدام.

**الشرط الثالث:** أن يشترط البائع نفعاً معلوماً في البيع، كسكنى الدار شهراً، أو حملان البعير أو الحافلة إلى موضع معلوم، أو يشترط نفع البائع في المبيع، كحمل الحطب أو تكسيه وخياطة الثوب أو تفصيله.

وأما الشروط الفاسدة فيقسمونها إلى أُولَى: أن يشترط أحد العاقدين على صاحبه عقداً آخر، كسلف، أو قرض، أو بيع، أو إجارة، أو صرف للثمن، أو غيره فهذا يبطل العقد.

(١) أصحاب الرأي الأول الذين قالوا بأن الأصل هو الحظر.

(٢) يقصد منافاة مقتضى العقد وليس صحة الشرط.

(٣) ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، ٩٣/٤

(٤) انظر: المرادوي، علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ط١، دار إحياء التراث العربي، بيروت (١٤١٩-١٩٩٨)، الجزء الرابع، ص (٢٤٥-٢٥٢).

ثانيا: أن يشترط ما ينافي مقتضى العقد، كأن يشترط أن لا خسارة عليه، أو متى نفق المبيع وإلا رده، فهذا الشرط باطل في نفسه.

قال صاحب الإنصاف - رحمه الله - معلقا على هذا الشرط: "على الصحيح من المذهب، إلا ما استثنى وعليه الأصحاب"<sup>(١)</sup> وعن عقد البيع الذي اقترن به هذا النوع من الشروط قال: " وهل يبطل البيع؟ على روايتين..... أحدهما: لا يبطل البيع وهو الصحيح من المذهب"<sup>(٢)</sup> ثالثا<sup>(٣)</sup>: أن يشترط شرطا يعلق عليه العقد كأن يقول في البيع: بعثك إن جئتني بكذا، أو إن رضي فلان.

فهذه ضوابط الشروط بنوعها الصحيح والفاسد، ونظرة فاحصة إليها تجعلنا نحكم عليها بأنها ضوابط إطلاق لا ضوابط حظر وتقييد لأنها من السعة ما يجعلها تحتوي كل شرط لا يخالف الشرع الحنيف ثم هي أيضا تفتح الباب أمام كل شرط لا ينافي مقصود العقد ليحكم عليه بالقبول مما يجعل هذه الضوابط تتلائم مع مفهوم اجتهادات هذا الرأي فيما يخالف مقتضى العقد. ولكن باب الجدل يبقى مفتوحا في أن هذه الضوابط ليست بتلك السعة الكافية لتعبر عن اجتهادات المطلقين لحرية الاشتراط في العقود وهنا نعرض ضوابط أخرى لإمام من الأئمة وهو ابن القيم الجوزية - رحمه الله -، يقول الشيخ الزرقا - رحمه الله - " فإن له في هذا المقام كلاما نفيسا مخلدا يعد من مفاخر الأنظار الفقهية، فإنه بعد أن استعرض في كتابه " أعلام الموقعين " بعض نصوص الشريعة وأثار السنة المروية في قاعدة الشروط، والروايات الثابتة عن الإمام أحمد في تعليق العقود وتقييدها بالشروط، يقول ما نصه: "

والمقصود أن للشروط عند الشارع شأننا ليس عند كثير من الفقهاء، فإن بعضهم يلغون شروطا لم يلغها الشارع، ويفسدون بها العقد من غير مفسدة تقتضي فساده، وهم متناقضون فيما يقبل التعليق بالشروط من العقود وما لا يقبله، فليس لهم ضابط مطرد منعكس يقوم عليه دليل<sup>(٤)</sup>.

(١) المرادوي، الإنصاف، ٤/ (٢٥٢-٢٥٣)

(٢) المرجع السابق، ٤/ ٢٥٣

(٣) المرجع السابق، ٤/ ٢٥٧

(٤) ابن القيم، أبو عبدالله بن أبي بكر بن أيوب، إلام الموقعين عن رب العالمين، ط١، قرأه وقدم له وعلق عليه وخرج أحاديثه وآثاره: أبو عبيده مشهور آل سليمان وشارك في التخريج: أبو عمر أحمد عبدالله، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، ١٤٢٣م، (٥)، ص: ٣٧٨ (شأن الشروط عند الشارع)

فالصواب الضابط الشرعي الذي دل عليه النص، وفيه قضيتان:

إحدهما: أن كل شرط خالف حكم الله وناقض كتابه فهو باطل كائنا ما كان.

والثانية: أن كل شرط لا يخالف حكمه ولا يناقض كتابه، وهو ما يجوز بذله وتركه بدون اشتراط، فهو لازم بالشرط.

ولا يستثنى من هاتين القضيتين شيء، وقد دل عليها كتاب الله وسنة رسوله واتفاق الصحابة. ولا تعباً بالنقض بالمسائل المذهبية والأقوال الآرائية، فإنها لا تهدم قاعدة من قواعد الشرع<sup>(١)(٢)</sup>

### الفرع الثالث: ذكر مقتضى العقد في مواد القانون المدني الأردني.

جاء ذكر مقتضى العقد في القانون المدني الأردني ذكراً عرضياً، فليس هناك مواد خاصة بمقتضى العقد، وإنما هناك مواد يذكر فيها مقتضى العقد وهي مواد قليلة منها المادة رقم (١٦٤) وهي المادة المتعلقة بالشرط المقترنة بالعقود ونصها:

" ١- يجوز أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو جرى به العرف أو العادة.

٢- كما يجوز أن يقترن بشرط فيه نفع لأحد المتعاقدين أو للغير ما لم يمنعه الشارع أو يخالف النظام العام أو الآداب وإلا لغا الشرط وصح العقد ما لم يكن الشرط هو الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد أيضاً"<sup>(٣)</sup>

فقد احتوت الفقرة الأولى من هذه المادة على ثلاثة أنواع للشرط الصحيح:

أ- أن يكون الشرط المقترن مؤكداً لمقتضى العقد.

ب- أن يكون الشرط المقترن ملائماً للعقد.

ج- أن يكون مما جرى به العرف أو العادة.

وأما الفقرة الثانية فقد أجازت أن يقترن بالعقد شرط فيه نفع لأحد المتعاقدين أو للغير ما لم يكن هذا الشرط ممنوعاً من الشارع أو مخالفاً للنظام العام أو الآداب، فإذا حصل وكان الشرط

(١) ابن القيم، إعلام الموقعين، م(٥)، ص: ٣٧٩ (الشرط الباطل والشرط الحق)

(٢) انظر الزرقا، المدخل الفقهي، ١/٥٦٩

(٣) انظر: الفكهاني، حسن، الوسيط في شرح القانون المدني الأردني، تحت إشراف: الدكتور عبد الباسط جميعي محمد سلام مذكور والأستاذ عبد المنعم حسني والأستاذ عادل حنوت، الدار العربية للموسوعات، القاهرة، ١٩٧٩، الجزء الثاني، القسم الأول: ص: ٥٣٥

ممنوعاً من الشارع أو كان يخالف النظام العام أو الآداب فإن الشرط يبطل وحده ويبقى العقد صحيحاً فإن كان الشرط هو الباعث الرئيس على التعاقد فعندها يبطل الشرط والعقد معاً.

جاء في المذكرة الإيضاحية بعد عرضها لآراء المذاهب الفقهية في هذا الموضوع: " وفي الفقرة الثانية من المادة نص على جواز الشرط الذي فيه نفع لأحد العاقدين أو للغير ما لم يمنعه الشارع أو يخالف النظام العام أو الآداب، وفي هذه الحالة أي إذا منعه الشارع أو خالف النظام العام، أو الآداب، يلغو الشرط ويصح العقد أخذاً برأي ابن أبي ليلى، وبرأي الحنفية في المعاوضات المالية.

أما ما ورد في عجز الفقرة الثانية فقد اعتمد فيه على ما جاء في المادتين ٣،٢ من المجلة وشرحهما لعلي حيدر وهو موافق لما ورد في القانون المدني العراقي مادة ١٣١ / ٢ " (١)

هذا ما يخص هذه المادة وشرحها، وأما ما يخص التمثيل على مقتضى العقد فقد قال صاحب الوسيط عند عرضه لأنواع الشروط المقترنة بالعقد في القانون المدني الأردني ما نصه: " الأول<sup>(٢)</sup>: هو ما يقتضيه العقد: أي ما يدل عليه ولم يذكر فيه، كأن يذكر في عقد البيع اشتراط تسليم المبيع واستلام الثمن، أو الاتفاق على الإنفاق على الزوجة، فهذا الشرط لا يثبت زائداً على العقد، وإنما هو تصريح بما يفيد وتوكيد له، واشترطه وعدم اشتراطه سواء، إذ أنه محض تقرير لمقتضى العقد، ومقتضى العقد لازم دون شرط فشرطه تأكيد وبيان.

ومن ذلك أيضاً اشتراط رب الأرض على المزارع ما يحتاج إليه الزرع من السقي والحفظ وقلع الحشائش وحفر الأنهار والمساقى ونحوها، فإنها أمور يقتضيها عقد المزارعة فذكرها وعدم ذكرها سواء (مادة ٧٣٠ مدني أردني جديد).

ومن هذا أيضاً اشتراط الراهن على المرتهن ضمان المال المرهون في حال الهلاك المطلق هلك بنفسه أو باستهلاكه لأن ذلك ثابت بمقتضى العقد وحكمه اشتراط أو لم يشترط. (م ١٣٣٧ مدني أردني جديد)<sup>(٣)</sup>.

يلحظ بعد هذا العرض الموجز ما يلي:

من خلال استقراء مواد القانون المدني الأردني المتعلقة بالعقد يلحظ أن ذكر مقتضى العقد جاء بشكل عارض ولم يحظ بتلك الأهمية التي يتمتع بها في الفقه الإسلامي.

(١) المرجع السابق نفسه، الجزء الثاني، القسم الأول، ص: ٥٤٠

(٢) أي من أنواع الشروط.

(٣) الفكهاني، الوسيط في شرح القانون المدني الأردني، الجزء الثاني، القسم الأول، ص: ٥٤٣

والدليل على أن المادة (١٦٤) والمذكورة سابقا جاء ذكر مقتضى العقد فيها في معرض ذكر أنواع الشروط الصحيحة لا أقل ولا أكثر، ولعل ذلك راجع إلى دخول فكرة ما يسمى بالنظام العام والآداب في التقنين، فوضع هذه المادة في القانون المدني لما أراد أن يحدد الإطار العام للشرط الصحيح حدده بعدم المنع له من قبل الشارع أو عدم مخالفته للنظام العام أو الآداب. قلت: ولو أن واضع مواد القانون المدني الأردني أعطى نظرية مقتضى العقد أهمية تعادل أهميتها في الفقه الإسلامي لكان أغنى ذكر مقتضى العقد عن ذكر النظام العام والآداب، خاصة وأن فكرة النظام العام والآداب فكرة يصعب تحديدها كما يصرح بذلك أمجد منصور<sup>(١)</sup> ويتابع تصريحه بقوله: " ولذا يكتفي المشرع عادة على النص عليها تاركا أمر تحديدها للفقه والقضاء، وهذا ما فعله القانون المدني الأردني في المادة ١٦٣/٢"<sup>(٢)</sup>

(١) منصور، النظرية العامة للالتزامات، ص: ١٣١

(٢) المرجع السابق نفسه، ص: ١٣١

## الفصل الثالث

(مقتضى العقد وصلته بالمعقود عليه (محل العقد))

المبحث الأول: ماهية المعقود عليه وشروطه.

المبحث الثاني: مقتضى العقد وصلته بالمعقود عليه.



## المبحث الأول

### ماهية المعقود عليه وشروطه

#### المطلب الأول: ماهية المعقود عليه وحدود مفهومه

في ظل اتساع حاجات ورغبات الإنسان المعاصر، ومع هذا التطور الهائل في شتى مناحي حياته تحتل العقود مركز الصدارة -على اختلاف أنواعها وصورها وأشكالها- في تحقيق تلك الرغبات، وإذا تم الرجوع لتعريف القانون المدني الأردني للعقد حيث نصت المادة ٨٧ على أن: "العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر"<sup>(١)</sup>(٢).

قلت: وإذا تم الرجوع لتعريف القانون المدني الأردني للعقد، فإن ما يستخلص من ذلك التعريف هو أن لبَّ عملية<sup>(٣)</sup> التعاقد والغاية المقصودة منها، ومحل الأثر الذي يراد إحداثه من خلالها، والرغبة والحاجة التي يراد تحصيلها، تنصب على ما يسمى بالمعقود عليه أو محل العقد.

وإذا كان المعقود عليه يحتل هذه المكانة، فإن مما شك فيه أن أول ما يرد على ذهن من أسئلة ينصب حول حقيقة مفهومه وحدود منطقتيه.

#### أولاً: حقيقة مفهوم المعقود عليه

إذا أراد أحد ما أن يجيب عن حقيقة مفهوم المعقود عليه بأخصر العبارات، فإنه بإمكانه القول بأن المعقود عليه هو: الشيء الذي يدور حوله التعاقد<sup>(٤)</sup>. فما يريده العاقدان ويسعيان إلى تحصيله من خلال إبرام عقد ما هو محل ذلك العقد، أو المعقود عليه، ويلمح في هذا البيان للمفهوم التركيز على كون المعقود عليه هو الغاية، والحصول والوصول إليه هو المقصد من العملية التعاقدية برمتها، ولكن هذا التعريف بالمعقود عليه مع سهولته، ووضوحه إلا أن الأمر

(١) انظر: الفكهاني، الوسيط في شرح القانون المدني الأردني، الجزء الثاني، القسم الأول، ص: ١١  
(٢) جاء في المرجع السابق قول الشارح: "اعتمد في هذا التعريف على المادة (١٠٣) من المجلة وشرحها لعلي حيدر، وما ورد في أول عقد البيع من رد المختار... المادة (٢٦٢) من مرشد الحيران. انظر: المرجع السابق نفسه، القسم الأول، ص: ١١

(٣) انظر في هذا التعبير: أبو زهرة، نظرية العقد، ص: ٢٩٤

(٤) انظر: المظفر، محمود حسن، نظرية العقد والإرادة المنفردة: دراسة قانونية مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، دار حافظ للنشر والتوزيع، جدة (١٤٢٢-٢٠٠٢م) ص: ١٧٧

يحتاج إلى بيان آخر لحقيقة المفهوم ليعتمد عليه فيما بعد عند الحديث عن الصلة بين كل من مقتضى العقد والمعقود عليه.

ويأتي في هذا الاتجاه تعريف الزرقا - رحمه الله - للمعقود عليه حيث يقول: "وأما محل العقد، أو المعقود عليه، فهو ما يثبت فيه أثر العقد وحكمه"<sup>(١)</sup>، وبناءً على هذا التعريف فإن المعقود عليه هو مكان ظهور أثر العقد وحكمه، وهو يغيرهما في جانب المفهوم ويتصل بهما في جانب الظهور والثبوت، وبدونه فلا أثر لوجود حكم العقد أو آثاره.

هذا من حيث الماهية أو حقيقة المفهوم، وأما من حيث التمثيل فإن المعقود عليه إما أن يكون عينا ماليا، كالمبيع في عقد البيع، والمرهون في عقد الرهن، وإما أن يكون عملا من الأعمال كعمل الزارع في المزارعة، وعمل الأجير في الإجارة، وإما أن يكون منفعة عين أو شيء معين كمنفعة العقار المستأجر في عقد الإجارة، أو منفعة المستعار في عقد الإعارة<sup>(٢)</sup>.

#### ثانياً: حدود منطقتيه

تقدم القول بأن الغاية والمقصد من العملية التعاقدية برمتها هو الحصول على المعقود عليه؛ لأنه هو الذي يحقق الرغبات ويشبع الحاجات، وتتحقق من خلاله مقاصد الشريعة الخمسة في حياة الإنسان، فأصبح العقد وسيلة وخادماً للحصول على المعقود عليه، مع أن الأخير ركن من أركان العقد.

ومن هنا فيمكن القول أن اجتهادات الفقهاء فيما يقبل، وما يرد من شروط وعقود وآثار، تظهر ثمرتها هنا في باب المعقود عليه، إذ بقدر ما تتسع دائرة المقبول بقدر ما تتسع معها قائمة الرغبات والحاجات التي تلبي للمقدمين على التعاقد، وإذا ضاقت ضاقت معها تلك، ولذلك لا عجب في اهتمام علماء المذاهب الفقهية في وضع الشروط الضابطة لما يصح أن يعقد عليه وما لا يصح<sup>(٣)</sup>.

فلهذه الأهمية ولأنه في نهاية المطاف ليس كل رغبة يمكن تحقيقها، فكم من رغبة لشخص ما لا اعتبار لها في نظر الشريعة.

(١) انظر: الزرقا، المدخل الفقهي العام، الجز الأول، ص: ٤٠٠

(٢) وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية الكويتية، الموسوعة الفقهية، الجزء الثلاثون، ص: ٢٢١

(٣) فمثلاً صاحب كفاية الأخبار يقول في كتاب البيوع: "اعلم أن المبيع لا بد أن يكون صالحاً لأن يعقد عليه. ولصلاحيته شروط خمسة..." انظر: الحصني، الإمام تقي الدين أبي بكر بن محمد الحسيني الدمشقي، كفاية الأخبار في حل غاية الاختصار، دار الكتب العلمية، منشورات محمد بيضون، لبنان، بيروت، (١٤٢٢هـ - ٢٠٠١)، ص: ٣٢٩.

ولا يعني هذا بحال من الأحوال إيقاع الناس في حرج، ووضعهم في دائرة الحرمان، أبدأ، وإنما صلاح الأفراد وصلاح المجتمعات يتطلب هذا؛ لأن لسان الواقع يقول: كم من رغبة لو لببت لعادت على المجموع بالدمار.

وبالمحصلة فإن الفقهاء يجعلون ما يصلح أن يكون معقودا عليه في ثلاث خانات، أو ثلاثة أقسام وهي إما أن يكون مالا أو منفعة أو عملا<sup>(١)</sup> ويرد على كل قسم منها كثير من العقود والتصرفات، والتي بطبيعة الحال حملت تبعا لهذا أسماء متنوعة، فعلى سبيل المثال ما جاء في الوسيط في شرح القانون المدني الأردني من تفصيل لهذا التنوع في المعقود عليه حيث يقول الشارح: " فالعقد الوارد على الأعيان المالية إما أن يرد عليها لتمليكها في الحال بعوض مالي، ويسمى بيعا، أو لتمليكها في الحال بلا عوض فيسمى هبة، أو لتمليكها بعد الموت بلا عوض، ويسمى وصية، أو لحفظها وردها بعينها فيسمى وديعة، أو لاستهلاكها ورد مثلها فيسمى قرضا، أو لحبسها مقابل دين حتى يستوفى ويسمى رهنا، أو لأدائها عن غيره مع عدم براءة هذا الغير، ويسمى كفالة، أو لأدائها عن غيره مع براءة هذا الغير فيسمى حوالة، أو لاستغلالها ويسمى شركة.

والعقد الوارد على المنافع إما أن يرد عليها تمليكها بعوض ويسمى إجارة، أو لتمليكها في الحال بلا عوض، ويسمى إعاره، أو لتمليكها بعد الموت بلا عوض، ويسمى وصية بالمنفعة. والعقد الوارد على العمل إما أن يكون بعوض في الحال، ويسمى إجارة، والعامل يسمى أجيرا، أو بعوض في المال مما تنبته الأرض ويسمى مزارعة، أو بعوض كما ذكر مما تثمر الأشجار ويسمى مساقاة، أو بغير عوض، فيسمى وكالة".<sup>(٢)</sup>

(١) قد يرد أحيانا مصطلح الخدمة كما في المادة (٢٢٦) من مرشد الحيران حيث جاء فيها ما يلي: " يصح أن يرد العقد على عمل معين من الأعمال الصناعية أو على خدمة معينة " ولكن هذا المصطلح — الخدمة — مشمول بعموم مصطلح العمل والذي هو القسم الثالث للمال والمنفعة وأما العمل المذكور في هذه المادة فهو مقصور على الأعمال الصناعية.

(٢) الفكهاني، الوسيط في شرح القانون المدني الأردني، الجزء الثاني، القسم الأول، ص: (٤٨٦—٤٨٧)

هذه هي الأقسام الثلاثة، ويضيف إليها القانون المدني الأردني<sup>(١)</sup> قسماً رابعاً وهو الامتناع عن عمل، حيث صرحت بهذا المادة (١٥٨) في فقرتها الثانية، والتي جاء فيها: " على أنه يصح أن يكون - المحل - عينا أو منفعة، أو أي حق مالي آخر، كما يصح أن يكون عملاً أو امتناع عن عمل"<sup>(٢)</sup> (٣).

ولعل سائلاً يطرح السؤال التالي: هل هذه الأقسام الأربعة فقط يمكن أن تكون محلاً أو معقوداً عليه، أم إن الأمر يتسع لإدخال أقسام أخرى؟ والجواب: إن الأمر يتسع لإدخال أقسام أخرى وهو خاضع لتطور المجتمعات البشرية فربما أن هذه الأقسام الأربعة كانت في فترة زمنية معينة تحتوي على كل ما يمكن تصوره من أشكال للمعقود عليه، فإذا تغير الزمان وتطورت البشرية عرفت أقساماً أخرى وأشكالاً أخرى، بل في زماننا من يضيف قسماً خامساً يعرف بالحقوق المعنوية، كحق الاختراع، وحق التأليف، وحقوق النشر، وحقوق الاسم والعنوان التجاري<sup>(٤)</sup>.

وهكذا فإن الإنسان بما أودع الله جل جلاله فيه من قدرات وملكات لا يمكن أن تقف مجتمعاته عند حد في تطورها، وبالتالي فالباب مفتوح لإضافة ما يستجد في هذا الباب وعليه فإن منطقة المعقود عليه تبقى قابلة للتوسع، ولكن وفق ضوابط الشرع الحنيف.

هذا وقبل أن الانتقال إلى موضوع آخر تبقى قضية لابد من المرور عليها، وهي قضية محل العقد ومحل الالتزام وهي قضية أثيرت في الفقه الوضعي مع وجود كل من نظريتي العقد والالتزام، وفيما يلي عرض موجز لها:

يرى السنهوري - رحمه الله - أن المحل ركن في الالتزام لا في العقد، ولكن لأن أهمية المحل لا تظهر إلا في الالتزامات التعاقدية كان من المألوف أن تبحث في نظرية العقد لا في نظرية الالتزام<sup>(٥)</sup>.

(١) القانون المدني الأردني في أغلبه يرجع إلى الفقه الإسلامي وخاصة الفقه الحنفي.  
(٢) ولكن إيراد هذا القسم هنا لعل فيه خلط بين محل الالتزام ومحل العقد (المعقود عليه) كان الأولى تجنبه خاصة وأن هناك من يفرق بين محل الالتزام ومحل العقد كما سيرى ذلك عند ذكر وجهة نظر السنهوري - رحمه الله - في هذا الموضوع.

(٣) الفكهاني، الوسيط في شرح القانون المدني الأردني، الجزء الثاني، القسم الأول، ص: ٤٨٧  
(٤) انظر: المظفر، محمود، نظرية العقد دراسة قانونية مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، دار حافظ للنشر والتوزيع، جدة، (١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م)، ص: ١٧٨

(٥) انظر: السنهوري، نظرية العقد، ص: ١٤٧

وعن تعريف محل الالتزام فيذكر السنهوري - رحمه الله - أن محل الالتزام: هو الشيء الذي يلتزم المدين بالقيام به، فهو إذا موضوع الالتزام، وهو إما أن يكون نقلا لحق عيني، أو عملا، أو امتناعا عن عمل، ثم يذكر أن واقع الأمر أن الالتزام بنقل حق عيني إنما هو التزام بعمل، فحاصل الأمر إذا أن محل الالتزام لا يكون إلا عملا أو امتناعا عن عمل.

فالتزام البائع بنقل ملكية الشيء المبيع التزام بعمل، والتزامه بتسليم هذا الشيء التزام بعمل كذلك، والتزامه بأن لا يتعرض للمشتري التزام بالامتناع عن عمل<sup>(١)</sup>.

فهذا ملخص رأي السنهوري - رحمه الله - في محل الالتزام. ويلاحظ هنا ومن خلال التعريف الذي قدمه لمحل الالتزام وجود المغايرة<sup>(٢)</sup> والاختلاف، مع مفهوم محل العقد أو المعقود عليه عند الفقهاء الشرعيين<sup>(٣)</sup>، وفي المثال الذي ضربه السنهوري - رحمه الله - عن محل الالتزام إذا كان عملا، حيث قال: " فالتزام البائع بنقل ملكية الشيء المبيع التزام بعمل"<sup>(٤)</sup>

فجعل في المثال المضروب المحل هو الالتزام بنقل الملكية من قبل البائع، بينما محل العقد الذي يعنيه الفقهاء في هذا المثال هو الشيء المبيع نفسه لا الالتزام بنقل ملكيته، ولذلك كان الأولى بوضعي مواد القانون المدني الأردني أن لا يخلطوا بين محل العقد ومحل الالتزام في الفقرة الثانية من المادة ١٥٨؛ لأن المنطق لا يقبل أن يكون الامتناع عن عمل محلا لعقد، وإذا رجعنا إلى المادة (٣٠٢) <sup>(٥)</sup> من مرشد الحيران نجد أنها ذكرت العمل، ولم تذكر الامتناع عن عمل حيث جاء فيها: " لا بد لكل عقد من محل يضاف إليه يكون قابلا لحكمه، ويصح أن يكون محل العقد مالا عينا كان أو دينا، أو منفعة أو عملا"<sup>(٦)</sup>

أما لو كان ذلك الامتناع عن عمل هو محلا للالتزام فإن المنطق يقبله، لأن الالتزام يقبل أن يكون محله امتناعا عن عمل.

(١) المرجع السابق نفسه، ص: (٤٦٤-٤٦٥).

(٢) قال الدكتور سليم: " إن محل الالتزام هو ما يلتزم المدين بالقيام به، وهو إما يلتزم بالقيام بعمل ايجابي كالتزام الناقل بتوصيل البضائع إلى الجهة المقصودة، أو التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة... أو قد يلتزم المدين بالامتناع عن عمل... كالتزام البائع بعدم التعرض للمشتري في انتفاعه بالمبيع... أو كالتزام العامل بعدم منافسة صاحب العمل إلى حين انقضاء عقد العمل المبرم بينهما" انظر:

سليم، عصام أنور، أسس الثقافة القانونية في نظريات القانون والحق والعقد (١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م) ص: ٣٧٩.

(٣) وقد مر تعريفهم لمحل العقد، أو المعقود عليه.

(٤) السنهوري، نظرية العقد، ص: ٤٦٥

(٥) ولعل هذه المادة من مرشد الحيران أصلا من الأصول التي اعتمد عليها واضعوا تلك المادة من القانون المدني الأردني.

(٦) انظر: قدرتي، مرشد الحيران، ص: ٧٦

وهذا ما قرره العلامة السنهوري - رحمه الله - من أن محل الالتزام إما أن يكون عملاً، أو امتناعاً عن عمل.

### المطلب الثاني: شروط المعقود عليه (محل العقد)

ذكر سابقاً أن المعقود عليه هو لب التعاقد، وحوله تدور المعاملة التعاقدية برمتها، وأن هذه الأهمية التي حازها المعقود عليه داخل منظومة نظرية العقد، جعلت الفقهاء يضعون الضوابط والشروط للحكم على ما يصح أن يكون معقوداً عليه وما لا يصح أن يكون كذلك، وفيما يلي مجمل شروطهم وضوابطهم في هذا الباب:

#### الشرط الأول: أن يكون المعقود عليه قابلاً لحكم العقد.

نصت المادة (٢٦٧) من مرشد الحيران على هذا الشرط حيث جاء فيها: " يشترط لتحقيق كل عقد توفر ثلاثة أشياء وهي العاقدان وصيغة العقد ومحل يضاف إليه ويشترط لصحة أي عقد أهلية العاقدين، وكون العقد مفيداً، وكون المحل قابلاً لحكم العقد، وكونه مما يقصد شرعاً<sup>(١)</sup> وهذا الشرط أكثر شروط المعقود عليه اتصالاً بمقتضى العقد لأن معناه<sup>(٢)</sup> أن يكون المعقود عليه قابلاً وصالحاً، لتطبيق مقتضى العقد عليه، ومن أجل الإيضاح نضرب المثال التالي:

شخص أراد أن يبيع مسجداً فإن هذا البيع لا ينعقد، لأن المعقود عليه وهو المسجد هنا غير قابل لحكم العقد ومقتضاه، لأن مقتضى عقد البيع أن تنتقل الملكية من مالك إلى مالك، والمسجد متصل<sup>(٣)</sup> ملكيته بالله جل جلاله، فالبايع لم يدخل المسجد في ملكيته كي ينقلها إلى غيره من خلال عقد البيع ثم إن الملك الجليل جل جلاله جعل المساجد أشبه حالاً بما يرصد للمنافع العامة، فلا يقبل التملك ما دام على هذه الصفة<sup>(٤)</sup>.

(١) انظر: قدرى، مرشد الحيران، ص: ٦٦ ملاحظة: نذكر بأن مرشد الحيران كتاب في المعاملات الشرعية على مذهب الإمام أبي حنيفة - رضي الله عنه ورحمه الله - جعله صاحبه محمد قدرى باشا - رحمه الله - على شكل مواد قانونية.

(٢) انظر: أبو زهرة، نظرية العقد، ص: ٢٩٥

(٣) كل ما في الوجود هو ملك لله جل جلاله، ولكنه سبحانه جعل في هذه الحياة من الأشياء ما قد تنسب ملكيته لأحد عباده ومنها ما لا ينسب إلا إليه سبحانه.

(٤) انظر هذا المثال: أبو زهرة، نظرية العقد، ص ٢٩٥. هذا وقد علق استاذنا الدكتور عبد الله الكيلاني على إيراد الباحث هذا المثال أنه بناء على الخيال يكون بيع المسجد مختلاً فيه شرط الصحة فهو فاسد، والصواب أنه باطل لأنه لا يوجد من يملك اجازته، نص على ذلك الزرقا في المدخل.

## الشرط الثاني: أن يكون المعقود عليه معلوما لطرفي العقد علما ينفي الجهالة والغرر<sup>(١)</sup> ومكامن النزاع

وفيما يلي بعض نصوص العلماء المتعلقة بهذا الشرط: قال ابن مودود الحنفي - رحمه الله -: " ولا بد من معرفة المبيع<sup>(٢)</sup> معرفة نافية للجهالة قطعاً للمنازعة، فإن كان حاضراً فيكتفي بالمباشرة، لأنها موجبة للتعريف قاطعة للمنازعة، وإن كان غائباً، فإن كان مما يعرف بالأنموذج كالكيالي والوزني والعددي المتقارب فرؤية الأنموذج كروية الجميع، إلا أن يختلف فيكون له خيار العيب، فإن كان مما لا يعرف بالأنموذج كالثياب والحيوان فيذكر له جميع الأوصاف قطعاً للمنازعة، ويكون له خيار الرؤية، قال: (ولا بد من معرفة مقدار الثمن وصفته إذا كان في الذمة)، قطعاً للمنازعة"<sup>(٣)</sup>

وقال ابن رشد المالكي - رحمه الله -: " وأما الركن الثاني الذي هو المعقود عليه، فإنه يشترط فيه سلامته من الغرر والربا..... والغرر ينتفي عن الشيء بأن يكون معلوم الوجود معلوم الصفة، معلوم القدر، مقدوراً على تسليمه، وذلك في الطرفين الثمن والمثمن معلوم الأجل أيضاً إن كان بيعاً مؤجلاً." <sup>(٤)</sup>

قلت: وما يعيننا في نص ابن رشد - رحمه الله - وندلل به هنا ذكره للمعلومية بالمعقود عليه معلومية تنفي الغرر من خلال معلومية الوجود والصفة والقدر.

وأما الشافعية فقد نص عليه الإمام الغزالي - رحمه الله - في كتابه الوسيط حيث قال: " الشرط الخامس<sup>(٥)</sup>: أن يكون معلوماً للمتعاقدين: والعلم يتعلق بعين المبيع، وقدره، ووصفه." <sup>(٦)</sup>

وعن الحنابلة يقول صاحب زاد المستقنع: " وأن يكون معلوماً برؤية أو صفة. فإن اشترى ما لم يره أو رآه وجهله أو وصف له بما لا يكفي سلماً لم يصح." <sup>(٧)</sup>

(١) الغرر هو المجهول العاقبة كما يقول شيخ الإسلام ابن تيمية، أو هو بتعبير آخر ما انطوى عنا عاقبته كما يقول صاحب كفاية الأخيار. انظر: ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، م ٤، ص: ١٦ و الحصري، كفاية الأخيار، ص: ٣٣٩

(٢) المبيع هو المعقود عليه في عقد البيع.

(٣) انظر: ابن مودود، الاختيار لتعليل المختار، ٢ / ٥

(٤) ابن رشد، بداية المجتهد، م ٢، ص: ١٧٢

(٥) من شروط المعقود عليه.

(٦) انظر الغزالي، الوسيط في المذهب، م ٣، ص: ٢٦

(٧) انظر: الحجاوي، شرف الدين أبو النجا موسى بن أحمد ت: ٩٦٨ هـ، زاد المستقنع، ط ١، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، (١٤٢٢ هـ - ٢٠٠٢)، ص: ١٤٩

فهذه بعض نصوص العلماء في هذا المجال، ونلمح فيها بعد النظر في حماية العملية التعاقدية من أسباب التنازع والفساد، فالطرف الراغب في الحصول على المعقود عليه إذا لم يكن عنده علم يبعث الرضا في نفسه فيما يخص المعقود عليه فإن أساس بنیان التعاقد يبقى قابلاً للانتهاء.

### الشرط الثالث: أن يكون المعقود عليه مقدوراً على تسليمه<sup>(١)</sup>.

وهذا الشرط محل اتفاق<sup>(٢)</sup> بين الفقهاء بالجملة فيما يخص عقود المعاوضات وهو يتقاطع تماماً مع مقتضى العقد لأن التسليم من مقتضيات العقد والتي تثبت وتجب بالعقد بدون اشتراط من أحد طرفي العقد.

قال الإمام الغزالي عن هذا الشرط: " أن يكون مقدوراً على تسليمه حساً وشرعاً: ومستنده النهي عن بيع الغرر، والعجز الحسي في الضال والآبق والمغصوب ".<sup>(٣)</sup>

### الشرط الرابع: أن يكون المعقود عليه موجوداً عند إنشاء العقد.<sup>(٤)</sup>

غاية أطراف العقد الحصول على المعقود عليه فإذا كان المعقود عليه موجوداً أو بحكم الموجود حصل كل طرف على بغيته وإن كان معدوماً، أو ما له خطر العدم دخلت العملية التعاقدية أبواب الغرر والتنازع وتعطلت الغاية التي من أجلها تم التعاقد، ولذلك كان هذا الشرط. يقول الإمام الكاساني: " وأما الذي يرجع إلى المعقود عليه فأنواع منها أن يكون موجوداً، فلا ينعقد بيع المعدوم، وما له خطر العدم كبيع نتاج النخيل...".

**الخلاصة:** هذه أربعة شروط لصحة المعقود عليه، والرقم لا يقف عند هذا العدد عند الفقهاء، ولكن ما يميز هذه الشروط هو دخول الشروط الأخرى تحت عناوينها، فمثلاً الشرط الأول وهو قبول المعقود عليه لحكم العقد ينضوي تحته كثير من الشروط الأخرى كشرط

(١) انظر في هذا الشرط إلى المراجع الحديثة التالية: التركماني، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، ص: (١٤٠ - ١٤١) و حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ص: (٢١٧ - ٢١٨) وأيضاً

وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، الموسوعة الفقهية، ٣٠ / ٢٢٦ - ٢٢٧

(٢) انظر: ابن رشد، بداية المجتهد، ١٧٢/٢، ابن مودود، الاختيار لتعليل المختار، ٢ / ٨

والغزالي، الوسيط في المذهب، ٣ / (٢٣ - ٢٦) والحجاوي، زاد المستقنع، ص: (١٤٨ - ١٤٩).

(٣) الغزالي، الوسيط في المذهب، ٣ / ٢٣

(٤) انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ٥ / ١٣٨، وابن رشد، بداية المجتهد، ٢ / ١٧٢. وانظر: التركماني، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، ص: ١٤١.



الطهارة<sup>(١)</sup> وشرط أن تكون العين مباحة النفع من غير حاجة<sup>(٢)</sup>، وشرط أن يكون المعقود عليه مالا متقوما<sup>(٣)</sup>، فلو عكسنا هذه الشروط<sup>(٤)</sup> لدخلنا في باب المنهي عن العقد عليها شرعا وهذه لا يجوز تملكها بالتعاقد وبالتالي فهي لا تقبل حكم العقد.

هذا والقانون المدني الأردني لا يبتعد كثيرا عما اشترطه الفقهاء من شروط وخاصة الشروط الأربعة السابقة، وفيما يلي دليل ذلك من خلال عرض نصوص مواد قانونية بداية ثم التعليق عليها فيما بعد<sup>(٥)</sup>:

أولاً: المادة رقم (١٥٨) ونصها: " ١- في التصرفات المالية يشترط أن يكون المحل مالا متقوماً.

٢- ويصح أن يكون عيناً أو منفعة أو أي حق مالي آخر يصح أن يكون عملاً أو امتناع عن عمل.

ثانياً: المادة رقم (١٥٩) ونصها:

" إذا كان المحل مستحيلاً في ذاته وقت العقد كان العقد باطلاً "

ثالثاً: المادة رقم (١٦٠) ونصها:

" ١- يجوز أن يكون محلاً للمعاوضات المالية الشيء المستقبلي إذا انتفى الغرر.

٢- غير أنه لا يجوز التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة ولو كان ذلك برضاه إلا في الأحوال التي نص عليها القانون "

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ٥ / ١٣٨

(٢) انظر: الغزالي، الوسيط في المذهب، ٣ / ١٧

(٣) انظر: الحجاوي، زاد المستقنع، ص: ١٤٧

(٤) انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ٥ / ١٣٨

(٥) وهذه الشروط الثلاثة المتعلقة ب (الطهارة، والعين المباحة النفع، والمال المتقوم) مؤداها واحد، ومعناها واحد وإن اختلفت الصياغة.

وكمثال على هذه الشروط الميئة فهي نجاسة العين لا يباح منفعتها بالمجمل، وهي لا تعد مالا متقوماً في نظر الشرع الحنيف.

انظر: في نصوص المواد رقم ١٥٨ و ١٥٩ و ١٦٠: الفكهاني، الوسيط في شرح القانون المدني الأردني، الجزء الثاني، القسم الأول ص: ٤٨٨

وانظر في نصوص المادتين رقم: ١٦١ و ١٦٢: المرجع السابق نفسه، ص: ٥٠٨،

وانظر: أيضا في نص المادة (١٦٣) المرجع السابق نفسه: ص: ٥١٧

رابعاً: المادة رقم (١٦١) ونصها:

" ١ - يشترط في عقود المعاوضات المالية أن يكون المحل معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة بالإشارة إليه، أو إلى مكانه الخاص إن كان موجوداً وقت العقد، أو بيان الأوصاف المميزة له مع ذكر مقداره أو كان من المقدرات أو بنحو ذلك مما تنتفي معه الجهالة الفاحشة.

٢ - إذا كان المحل معلوماً للمتعاقدين فلا حاجة إلى وصفه وتعريفه بوجه آخر.

٣ - فإذا لم يعين المحل على النحو المتقدم كان العقد باطلاً."

خامساً: المادة رقم (١٦٢) ونصها:

" إذا كان محل التصرف أو مقابله نقوداً لزم بيان قدر عددها المذكور في التصرف دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي أثر "

سادساً: المادة رقم (١٦٣) وهي أهم المواد المتعلقة بشروط المحل، ونصها: "

١ - يشترط أن يكون المحل قابلاً لحكم العقد.

٢ - فإن منع الشارع التعامل في شيء أو كان مخالفاً للنظام العام أو للأداب العامة كان العقد باطلاً.

٣ - ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث، والأحكام المتعلقة بالانتقال، والإجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار، والتصرف في مال المحجوز عليه، ومال الوقف، ومال الدولة، وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية."

فهذه هي نصوص المواد التي حملت لنا ما يشترط لصحة المعقود عليه، وبقي بعد هذا العرض أن نستخلص منها الشروط، وفيما يلي هذه الشروط المستخلصة:

١- أن يكون المحل مالا مقوماً في التصرفات المالية (من المادة ١٥٨)

٢ - أن يكون المحل موجوداً وقت العقد (من المادة ١٥٩)

٣ - يجوز أن لا يكون المحل موجوداً وقت العقد في المعاوضات المالية إذا أمكن وجوده في المستقبل وانتفى الغرر. (من المادة ١٦٠)

٤ - أن يكون المحل في عقود المعاوضة المالية معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة. (من

المادة ١٦٠)

٥ - أن يكون المحل قابلاً لحكم العقد. (من المادة ١٦٣)

فهذه خمسة شروط مستخرجة من نصوص المواد (١٥٨ - ١٦٣) المذكورة سابقاً ويمكن اختزالها في ثلاثة شروط وهي: (١)

١- وجود المحل أو إمكانية وجوده

٢- تعيين المحل أو قابليته للتعيين.

٣- مشروعية المحل.

ويلاحظ في خاتمة هذا المطلب التوافق بين ما يشترطه القانون المدني الأردني، وما يشترطه فقهاء المذاهب من الشروط الواجبة في محل العقد وإن حاول واضعو نصوص مواد القانون أن تكون صياغتها بلغة العصر إلا أنها لا تبتعد من حيث الجوهر عن شروط الفقهاء السابقين المذكورة في كتبهم.

(١) قال الدكتور أمجد منصور: " يبين من النصوص التي أوردها القانون المدني الأردني بشأن المحل، ضرورة توافر الشروط التالية...." وذكر الشروط الثلاثة التي اختزلت فيها الشروط الخمسة السابقة انظر: منصور، النظرية العامة للالتزامات، ص: ١٢٣  
وأما صاحب الوسيط في شرح القانون المدني الأردني فقد جعل ما يجب أن يكون في المحل من شروط على النحو الآتي:

١- موجوداً إذا كان شيئاً أو ممكناً إذا كان عملاً أو امتناع عن عمل.

٢- معيناً أو قابلاً للتعيين.

٣- قابلاً لحكم العقد (قابلاً للتعامل فيه).

٤- في التصرفات المالية يكون مالا مقوماً.

انظر الفكهاني، الوسيط في شرح القانون المدني الأردني، الجزء الثاني، القسم الأول، ص: ٤٨٨..

## المبحث الثاني

### مقتضى العقد وصلته بالمعقود عليه

#### المطلب الأول: مقتضى العقد وصلته بالمعقود عليه من خلال بوابة حكم العقد

العقد بنيان مرصوص يشد بعضه بعضا، فما من ركن من أركانه ولا عنصر من عناصره ولا مكون من مكوناته، إلا ويرتبط بسائر الأركان أو العناصر أو المكونات ارتباط البنيان.

وهذه قاعدة ترتفع لتشكّل المظلة الجامعة للأجزاء المكونة للعملية التعاقدية، ولذلك عندما نبحت العلاقة بين مقتضى العقد والمعقود عليه فإننا ننطلق من هذه النقطة إذ ما من عقد إلا وله مقتضى، وما من عقد إلا ويتضمن معقودا عليه تدور حوله عملية التعاقد، وهما مكونان رئيسان للعقد لا يمكن أن نتصوره من دونهما.

وإذا أضفنا إلى هذين المكونين مكونا ثالثا وهو حكم العقد، وجعلنا من حكم العقد نقطة الوصل بينهما، فنكون عندها قد وضعنا أيدينا على تكملة الدائرة.

ولو أعدنا عرض تعريف الشيخ الزرقا - رحمه الله - لمحل العقد لحصلنا هذه المكونات الثلاثة حيث يقول - رحمه الله -: " وأما محل العقد، أو المعقود عليه، فهو ما يثبت فيه أثر العقد وحكمه".<sup>(١)</sup>

فالمكون الأول وهو مقتضى العقد حاضر من خلال كونه أثر ثبت بالعقد بوضع الشارع، وأما حكم العقد فهو منصوص عليه في التعريف بلفظه، وأما المعقود عليه فهو المعرف، والمبين في التعريف.

فنتج عندنا من خلال التعريف أن المعقود عليه هو الجزء الذي يظهر فيه لمقتضى العقد حقيقة ووجود، وكمثال على هذا، ذلك الذي أراد أن يستأجر شقة لينتفع بسكنها فقال له الطرف الآخر: أنا أعقد معك عقد إجارة، فقال له الطرف الأول: وأنا موافق،

على أن تسلمني تلك الشقة بمقتضى عقد الإجارة، فقال له الطرف الثاني: أنا موافق على أن أعقد معك عقد إجارة ولكن ليس هناك شقة أملك تسليمها لك.

فقال له الطرف الأول: إذن على ماذا أعاقدك!؟

(١) انظر: الزرقا، نظرية العقد، ص: ٤٠٠

وهكذا كل مقتضيات ذلك العقد ينعدم وجودها وظهورها بانعدام المعقود عليه، فأشبهه حالها حال الروح التي لا يعرف وجودها إلا من خلال جسد نابض بالحياة، وإذا أردنا أن نقرب أكثر من حقيقة تلك العلاقة ودخلنا من بوابة حكم العقد فإن العلاقة تزداد وضوحاً من خلال:

طبيعة العلاقة ما بين مقتضى العقد وحكمه فقد مر معنا عند تحديد مفهوم مقتضى العقد أن هناك من يجعل حكم العقد ومقتضى العقد شيئاً واحداً.

فإذا قال الفقهاء: يشترط في المعقود عليه أن يكون قابلاً لحكم العقد، فإن هذا القول نظير أن يقال يشترط في المعقود عليه أن يكون قابلاً لمقتضى العقد.

وعندها تصبح إمكانية تطبيق مقتضى العقد على المعقود عليه أساس القبول للمعقود عليه داخل العملية التعاقدية.

قلت: وأيضاً مر معنا أن هناك من العلماء من جعل حكم العقد هو الحكم الأصلي للعقد بينما مقتضاه هو الأحكام الأخرى التبعية الثابتة فيه بوضع الشارع، وبالتالي فإن طبيعة العلاقة ما بين مقتضى العقد ومحلّه تتحدد من خلال ارتباط الأحكام التبعية بالحكم الأصلي لذلك العقد ومن جهة ثانية أن الأحكام التبعية هي أيضاً آثار للعقد تحتاج لظهورها للمعقود عليه ويحتاج المعقود عليه لصحته أن يكون قابلاً لها.

هذا في حالة ما إذا كان مفهوم مقتضى العقد ينطبق على الأحكام التبعية الثابتة بذلك العقد، وأما إذا كان مفهوم مقتضى العقد عاماً<sup>(١)</sup> بحيث يشمل الحكم الأصلي والأحكام التبعية، فعندها يصبح مفهوم حكم العقد جزءاً من مفهوم مقتضى العقد وتصبح العلاقة مباشرة ما بين مقتضى العقد والمعقود عليه، ويكون قبول المعقود عليه لمقتضى العقد وتطبيقه شرطاً في قبول وصحة المعقود عليه نفسه.

قال العلامة أبو زهرة - رحمه الله - : " قد اتفق الفقهاء المسلمون على حقيقتين يجب توافرها في المعقود عليه، فإن لم تتوافرا لم يوجد العقد، ولم يتكون (إحدهما) أن يكون المعقود عليه قابلاً لحكم العقد ومقتضاه، (وثانيهما) أن يكون خالياً من كل غرر يؤدي إلى تنازع، ويفضي إلى خلاف، أو يقضي<sup>(٢)</sup> إلى خدع أحد العاقدين، بحيث لا يكون عليماً بالمعقود عليه على وجهه الصحيح.

(١) وهو المفهوم الثالث لمقتضى العقد ورجحه الباحث.

(٢) في الطبعة التي اطلع عليها الباحث مكتوب (أو يقضي) بالقاف ولعلها (أو يفضي) بالفاء وليس بالقاف.

وقد اتفق الفقهاء على هذين الأصلين: ولكنهم اختلفوا في تفصيلهما.... فأما الأصل الأول، وهو أن يكون المعقود عليه صالحا لحكم العقد، فمعناه أن يكون المعقود عليه يمكن تطبيق مقتضى العقد عليه، ويصلح لاستيفائه منه" (١)

ثم يضرب الأمثلة على قوله هذا ومنها مثال المسجد الذي ذكرناه سابقا، وأيضا من الأمثلة عدم صحة النكاح إذا كانت المرأة زوجة لشخص أو معتدة لم تنقض عدتها؛ لأنه في هذه الحالة لا يمكن تحقيق مقتضى هذا العقد، إذ موضوع هذا العقد إيجاد حياة بين الرجل والمرأة تقوم على العشرة الحسنة، والمودة وسكن النفس، وتنازل الذرية وتعهدها بالرعاية لتنتج نباتا حسنا، وذلك كله يقتضي الفراغ من الأزواج، فإذا كانت المرأة لا تزال مشغولة بزيجة سابقة أو تكون هناك زوجية قائمة فلا يكون محل العقد قابلا لحكم العقد: لأن مقتضى هذا العقد إباحة تلك الحياة، فإذا كانت مشغولة بأمر الشارع، فلا تتحقق الإباحة، حتى تخلو من الأزواج (٢).

### المطلب الثاني: مقتضى العقد وصلته بالمعقود عليه من خلال الشروط المتعلقة بالوجود والتسليم والمعلومية

ارتباط مقتضى العقد بالمعقود عليه لا يقف عند حدود اتصالهما بحكم العقد، وإنما يتعدى ذلك، لوجود قنوات اتصال كثيرة بينهما، وخاصة من خلال شروط المعقود عليه المتعلقة بالوجود والتسليم والمعلومية، فهي وإن كانت شروطا في المعقود عليه إلا أنها أيضا قنوات وصل وربط وبيان تأثير، وفيما يلي عرض لهذه العلاقة من خلال الشروط الثلاثة المذكورة:

#### أولا: شرط أن يكون المعقود عليه موجودا، واتصاله بمقتضى العقد.

مقتضى العقد أحكام تجب بالعقد وتثبت لتظهر في معقود عليه وتحقق مقصد الشارع وغاية العاقد، والعدم في جانب المعقود عليه يهدم هذا كله، إذ يقابله عدم في جانب العقد ومقتضاه، فالعقل والمنطق يقضي بعدم إمكانية تصور عقد له مقتضى دون أن يكون هناك معقودا عليه، بل إن التعاقد مع انعدام المعقود عليه وعدم إمكانية وجوده يصبح ضربا من الجنون (٣) إذا كان بعلم طرفي العقد، أو يصبح تغريرا وخداعا للطرف الذي أراد الحصول على

(١) انظر: أبو زهرة، نظرية العقد، ص: (٢٩٤ - ٢٩٥)

(٢) انظر: المرجع السابق، ص: (٢٩٥ - ٢٩٦)

(٣) إلا إذا أرادا للعقد أن يكون صوريا، وفي هذه الحالة فلا العقد ولا مقتضاه وارد أصلا في حسابهما.

المعقود عليه وهو لا يعلم بعدم وجوده، كالذي يبيع نصيبه<sup>(١)</sup> في شركة، ثم يتضح أنه ليس بوارث، فكيف لمقتضى العقد هذا أن يطبق وتنتقل ملكية ذلك النصيب من الشركة للمشتري والذي باعه لا يملك ذلك النصيب؟! .!

قال العلامة أبو زهرة- رحمه الله -: " وقد فرض أكثر الفقهاء أن المعدوم لا يصلح أن يكون محلا للعقد، لأنه لا يقبل أحكام أي عقد؛ لأن الأحكام والآثار أوصاف شرعية يقدرها الشارع في محل موجود، إذ المعدوم لا يقبل أوصافا ذاتية وجودية، فالملكية سواء أكانت ملكية عين أم ملكية منفعة معنى من المعاني يقتضي شيئا موجودا مستقرا ثابتا يقوم به. " (٢)

**فخلاصة القول:** أن مقتضى العقد يحتاج من أجل تطبيقه على أرض الواقع إلى معقود عليه تظهر فيه أحكامه، فكأن وجود المعقود عليه أصبح شرط وجود لمقتضى العقد.

**ثانيا:** شرط أن يكون المعقود عليه مقدورا على تسليمه واتصاله بمقتضى العقد.

من مقتضيات أي عقد يقوم على المبادلة وجوب تسليم المعقود عليه وهذا المقتضى يثبت بالعقد من غير اشتراط وإذا حصل وتضمنه اشتراط أحد الطرفين كان هذا الشرط من باب التأكيد والتقرير لذلك المقتضى.

وفي هذا المقام نسترجع عبارات الإمام الكاساني - رحمه الله - حيث يقول: " وأما الشرط الذي يقتضيه العقد فلا يوجب فساد كما إذا اشترى بشرط أن يتملك المبيع، أو باع، بشرط أن يتملك الثمن، أو باع بشرط أن يحبس المبيع، أو اشترى على أن يسلم المبيع.....فالبيع جائز، لأن البيع يقتضي هذه المذكورات من غير شرط، فكان ذكرها في معرض الشرط تقريرا لمقتضى العقد" (٣).

فتسليم المبيع الواجب بالعقد لا يزيده الشرط هنا إلا تأكيدا وتقريراً.

وهذا المقتضى من مقتضيات العقد يتطلب أن يكون المعقود عليه مقدورا على تسليمه، لأن وجوب التسليم مرتبط بالقدره عليه، وإلا فكيف يتصور وجوب تسليم الطير في الهواء، والسمك في البحر؟! ولذلك كان هذا الشرط<sup>(٤)</sup> الضابط لما يصح أن يكون محلا للعقد؛ لأنه ربما قابل

(١) انظر هذا المثال في: السنهوري، نظرية العقد، ص: ٤٧٠ في الهامش. مع التنبيه على أن السنهوري - رحمه الله - يرى أن المحل والسبب مكانهما الطبيعي الالتزام فهما ركنان فيه لا في العقد وقد تقدم ذكر وجهة نظره في هذا الموضوع، انظر: المرجع السابق نفسه، ص: ٤٦٣

(٢) انظر: أبو زهرة، نظرية العقد، ص: ٢٩٦

(٣) انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ١٥ / ٧

(٤) لأنه لو لم يكن هذا الشرط في المعقود عليه، لدخلت هذه وغيرها ضمن ما يصح أن يعقد عليه.

الوجوب استحالة التطبيق وخير مثال على هذا مثال الذي باع نصيبه من الشركة ثم تبين أنه ليس بوارث، وهنا ممكن المثال فإنه إذا كان ليس بوارث فهو لا يملك، وإذا كان كذلك فكيف يجب على من لا يملك أن يسلم المبيع والذي هو داخل في ملك الغير، فهو إذن قد دخل في عملية تعاقدية وكان طرفا فيها يبيع نصيبا من شركة ليس هو من ورثتها، فعاد حاله وموقعه هذا على ما أبرمه من عقد بالبطلان.

**وفي هذا المقام يمكن القول:**

إن هذا البطلان في هذه العملية التعاقدية له أكثر من سبب ومنها استحالة تطبيق مقتضى العقد بوجوب تسليم المبيع، لعدم القدرة على ذلك؛ لأنه لا يملك ذلك النصيب.

فهذه خلاصة التأثير و التأثير ما بين مقتضى العقد والمعقود عليه انطلاقا من شرط القدرة على التسليم.

**ثالثا:** مقتضى العقد وصلته بشرط أن يكون المعقود عليه معلوما لطرفي العقد علما ينفي الجهالة والغرر ومكامن النزاع.

الشارع الحكيم ربط كل عناصر العملية التعاقدية بالعدل ورفع الحرج، وحمى كل عنصر من عناصرها من أسباب الفساد، ولذلك كان هذا الشرط في المعقود عليه، حماية له وحماية لبناء العقد أن تنتسب إليه عوامل الفساد من خلال المعقود عليه.

هذا من جانب ومن جانب آخر فإن مقتضى العقد الواجب التطبيق يحتاج لظهوره وإنزال أحكامه على أرض الواقع إلى معقود عليه معلوم الوجود والصفة والقدر، وأي خلل في هذه المعلومات المتعلقة بالمعقود عليه يقابلها خلل في تطبيق مقتضى العقد.

فلو أن أحدهم دخل إلى معرض فيه مئات السيارات المتعددة الأنواع والأشكال. وقال لصاحب المعرض اشتريت منك سيارة ورد عليه صاحب المعرض بقوله: قبلت.

ثم أرادا بعد ذلك أن يطبقا أحكام عقد البيع ومقتضياته. فأنى لهم هذا المراد! وكيف يمكن تحقيق هذا؟؟ مع هذه الجهالة الفاحشة بالمعقود عليه، ثم إن الباب مفتوح أمام كل احتمالات التخريب والخداع، فلربما كان في هذا المعرض سيارة ثمنها ألف دينار وسيارة أخرى بمائة ألف دينار.



فكيف يمكن الخروج من صور هذه التعاقدات بتراضي أطرافها والأبواب كلها مفتوحة لأسباب التنازع والتخاصم والاختلاف!؟

ومن هنا كان لا بد من تحقيق المعلوماتية في المعقود عليه معلوماتية تنفي عنه كل أسباب الفساد من غرر وجهالة فاحشة وأي أسباب أخرى تؤدي إلى النزاع، فإن تم هذا مع بقية الشروط الأخرى في المعقود عليه فعندها يكون بالإمكان تطبيق مقتضى العقد وأحكامه على المعقود عليه.

## الفصل الرابع

### (مقتضى العقد وعقود المعاوضات المالية)

المبحث الأول: ماهية عقود المعاوضات المالية وأنواعها.

المبحث الثاني: أثر مقتضى العقد على عقود المعاوضات المالية وإبراد بعض الأمثلة.

## المبحث الأول

### ماهية عقود المعاوضات المالية وأنواعها

المطلب الأول: مفهوم عقود المعاوضات لغة واصطلاحاً

الفرع الأول: المعاوضة في اللغة (١)

المعاوضات جمع مُعَاوَضَةٍ على وزن مفاعلة، وأصلها في اللغة يرجع إلى العوض والذي يأتي بمعنى البذل.

فيقال: استَعَاضَه: سأله العَوَضَ فعَاوَضَهُ مُعَاوَضَةً: أعطاه إياه، ويقال: اعتَّاضَه: جاءه طالباً للعَوَضِ. وعَاوَضْتُ فلاناً يِعْوِضُ في البيع والأخذ فاعتَّضْتَهُ مما أعطيتَه.

هذا وإتيان العوض بمعنى البذل لغة هو المعنى الذي يدور حوله المعنى الإصطلاحي للمعاوضات كما سيأتي.. بإذن الله تعالى.

الفرع الثاني: مفهوم عقود المعاوضات المالية في الاصطلاح

أولاً: مفهوم عقود المعاوضات بشكل عام.

عرفت عقود المعاوضات قديماً وحديثاً بتعاريف متقاربة، حيث يجد المتأمل فيها أن المضمون واحد وإن اختلفت الصياغات وفيما يلي بعض هذه التعريفات:

أولاً: جاء في الشرح الصغير للدردير - رحمه الله - بعد ذكره أن البيع عقد معاوضة قال: " والمعاوضة مفاعلة إذ كل من البائع والمشتري عوَّض صاحبه شيئاً بدل المأخوذ منه" (٢)

وعقب الصاوي - رحمه الله - في شرحه بلغة السالك قائلاً: " قوله: (عقد معاوضة) أي عقد محتوٍ على عوض من الجانبين" (٣)(٤)

(١) انظر: الفراهيدي، الخليل بن أحمد ت: ٥١٧٠هـ، العين، ط ١، ترتيب - على حروف المعجم - تحقيق: الدكتور عبد الحميد الهنداوي، دار الكتب العلمية، بيروت، (٢٠٠٣م - ١٤٢٤ هـ)، الجزء الثالث، ص: ٢٥٥، وأيضاً: الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، ٤٤٩/٨، والرازي، مختار الصحاح، ٢٣٠.

(٢) انظر: الدردير، أحمد، الشرح الصغير، ط ١، دار الكتب العلمية، بيروت، (١٤١٥ هـ - ١٩٩٥)، الجزء الثالث، ص: ٤.

(٣) انظر: الصاوي، أحمد، بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير، ط ١، دار الكتب العلمية، بيروت، (١٤١٥-١٩٩٥) الجزء الثالث، ص: ٤، ملاحظة: هذا الكتاب موجود في هامش الشرح الصغير للدردير المرجع السابق.

(٤) ونفس هذا التعريف للمعاوضات نجده في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للعدوي، انظر: الدسوقي ت ١٢٣٠هـ، محمد بن أحمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ط ١، خرج آياته وأحاديث: محمد عبدالله شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، (١٤١٧هـ-١٩٩٦)، الجزء الرابع، ص: ٣٠.

ثانياً: تعريف أحد العلماء المعاصرين، وهو الشيخ الزرقا - رحمه الله - حيث قال: " وهي التي تقوم على أساس إنشاء وجائب متقابلة بين العاقدين يأخذ فيها كل من الطرفين شيئاً ويعطي في مقابله شيئاً " (١)

ثالثاً: تعريف أحد العلماء المعاصرين الذي جمع بين فقه الشريعة وفقه القانون الوضعي، وهو العلامة السنهوري - رحمه الله - حيث قال: " والأدق (٢) في نظرنا أن يعرف عقد المعاوضة بأنه: العقد الذي يأخذ فيه كل من المتعاقدين مقابلاً لما أعطاه (٣).

### محتويات هذه التعريفات وراي الباحث فيها:

أ - احتوت التعاريف السابقة على عنصر المفاعلة بين أطراف العملية التعاقدية، وذلك إما من خلال الأخذ والإعطاء، أو من خلال إنشاء الوجائب المتقابلة.

ب - رسوخ مركزية العوض في عقود المعاوضات من خلال دوران كل التعريفات في مضمونها حوله.

ج - اتفقت جميع التعريفات في المضمون واختلفت في الصياغة.

د - قوة الارتباط بين المعنى اللغوي والاصطلاحي للمعاوضات، وهذا نجده من خلال احتواء تلك التعريفات على ألفاظ العوض والبدل، وإعطاء مقابل الأخذ، إذ ما من تعريف من هذه التعريفات إلا واحتوى على لفظة من تلك الألفاظ.

هـ - لو أردت هنا أن أقدم تعريفاً على آخر فإنني سأختار تعريف الصاوي - رحمه الله - إذ عرفه بأنه: "عقد محتوٍ على عوض من الجانبين"، وذلك لوجازته مع تضمنه كل العناصر الأساسية في التعريفات الأخرى، ثم وهو الأهم لاحتوائه على لفظة العوض، والتي لأهميتها أخذ هذا النوع من العقود اسمه منها.

(١) انظر: الزرقا، المدخل الفقهي العام، الجزء الأول، ص: ٦٤٠

(٢) ذكر السنهوري هذه العبارة بعدما أورد قبلها: تعريف الفقيه القانوني الفرنسي بوتييه لعقد المعاوضات وهو أنه: العقد الذي تكون فيه فائدة ومنفعة متبادلة لكل من الطرفين. ثم أعقب هذا التعريف بتعريف القانون المدني الفرنسي لعقد المعاوضات في المادة ١١٠٦ والتي جاء فيها: بأنه عقد يلزم كل طرف بإعطاء شيء أو بفعله. وعلق على هذه المادة بأن ما احتوته من تعريف أقرب لتعريف العقد الملزم للجانبين. انظر: السنهوري، نظرية العقد، ص: (١٣٤ - ١٣٥).

(٣) المرجع السابق نفسه، ص: ١٣٥.

## ثانياً: تعريف عقود المعاوضات المالية.

مر معنا سابقاً أهمية العوض ومركزيته في عقود المعاوضات، بل إنه لأهميته أخذت اسمها منه، ووسمت بوسمه، فأصبح وجود العوض والقصد إليه من قبل العاقدين في عقد من العقود دليل على انضمامه إلى قائمة عقود المعاوضات، ولكن العوض المقصود من العاقدين قد يكون مالا وقد لا يكون.

فإن كان مالا، فقد انتقلت العملية التعاقدية من عمومية عقود المعاوضات إلى دائرة أخص تسمى فيها العقود بعقود المعاوضات المالية، فتأخذ ما تمتاز به عقود المعاوضات بعموميتها من امتيازات وتختص لنفسها بمالية العوض المقصود من طرفي التعاقد.

وانطلاقاً من ارتباط هذه العقود بمالية العوض وضع العلماء التعريفات الدالة عليها، وخير مثال على هذه التعريفات ما سطره الإمام الزركشي في كتابه المنثور في القواعد حيث عرفها <sup>(١)</sup> بقوله: " ما يقصد فيها المال من الجانبين، ويقصد بالمال ما يعم المنفعة <sup>(٢)</sup> وغيرها مما يتمول " <sup>(٣)</sup>.

### وقفه مع هذا التعريف:

أ - قصر العوض أو البديل في هذا النوع من العقود على المال من الجانبين، والمال هنا يعم المنفعة وغيرها مما يتمول به. فيدخل عقد البيع، وعقد الإجارة - على سبيل المثال - ضمن قائمة هذه العقود.

ب - بعض العقود يكون العوض فيها من أحد الجانبين مالا ومن الجانب الآخر ليس بمال - كعقد الزواج - وعندها فإن هذا النوع لا يعد من عقود المعاوضات المالية.

(١) وذكر أيضاً تعريفاً آخر وهو: " ما يفسد العقد فيها بفساد العوض "، وسمى هذا النوع من العقود بعقود المعاوضة المحضة. انظر: الزركشي، بدر الدين محمد بن بهادر، المنثور في القواعد، الطبعة الأولى، حققه: الدكتور تيسير فائق أحمد محمود وراجعته: الدكتورة: عبد الستار أبوغده، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، (١٤٠٢هـ-١٩٨٢م)، ١٨٥/٣.

(٢) على خلاف رأي الحنفية في كون المنافع ملكاً وليس مالا. جاء في رد المحتار: " المراد بالمال ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة..... وفي التلويح أيضاً من بحث القضاء: والتحقيق أن المنفعة ملك لا مال، لأن الملك ما من شأنه أن يتصرف فيه بوصف الاختصاص، والمال ما من شأنه أن يدخر للانتفاع وقت الحاجة ". انظر: ابن عابدين، رد المحتار، ١٠/٧.

(٣) انظر: الزركشي، المنثور في القواعد، ١٨٦/٣.

## المطلب الثاني: أنواع عقود المعاوضات المالية

للعلماء في تقسيم العقود وتصنيفها عدة معايير<sup>(١)</sup> وعدة اعتبارات منها النظر إلى تبادل

(١) ذكر الزرقا في كتابه المدخل الفقهي العام اثنتي عشر معياراً وهي: **المعيار الأول:** بالنظر إلى التسمية وعدمها: واندرج تحت هذا المعيار القسمين التاليين: أ - عقود مسماة، وهي التي أقرّ التشريع لها اسماً يدل على موضوعها وأحكامها الخاصة، كالبيع والهبة والإجارة والشركة وغيرها. ب - عقود غير مسماة، وهي التي يصطلح على اسم خاص لموضوعها، ولم يرتب التشريع أحكاماً خاصة لها، وهذه كثيرة لا تتحصر، وتتنوع بحسب حاجة العاقد والموضوع المتفق عليه ضمن الغايات المشروعة، ويجمعها اسم "العقد" أو "الاتفاق".

**المعيار الثاني:** بالنظر إلى المشروعية وعدمها، وتقسّم العقود بناءً عليه إلى: أ - عقود مشروعة: وهي ما أجازها الشرع وأذن بها، كبيع المال المنقوم، والرهن، والهبة. ب - عقود ممنوعة: وهي التي منعها الشرع ونهى عنها، كبيع الأجنة في بطون أمهاتها.

**المعيار الثالث:** بالنظر إلى صحة العقد وعدمها، وتصنيف العقود بناءً عليه إلى: أ - عقود صحيحة: وهي التي توافرت فيها جميع شرائطها الشرعية العامة والخاصة، كبيع المال المنقوم بثمن معلوم نقداً أو نسيئةً إلى أجل معلوم. ب - عقود فاسدة: وهي التي اختلفت بفقدان بعض شرائطها المتعلقة ببعض نواحيها الفرعية، كبيع الشيء بثمن مجهول، أو بثمن معلوم لكنه مؤجل إلى أجل مجهول. ملاحظة: ذكر الزرقا في هامش ص: ٦٣٦ أنه لم يصنف العقود إلى منعقدة وباطلة، لأن الباطل معدوم شرعاً، فلا يعتبر صنفاً.

**المعيار الرابع:** بالنظر إلى الشكلية، وقسمت العقود بناءً عليه إلى: أ - عقود شكلية: وهي التي تخضع في عقدها لشيء من الشرائط الشكلية والمراسم التي يفرضها التشريع، كعقد الزواج إذ يشترط لصحته الإعلان بالإشهاد عليه. ب - عقود رضائية: وهي التي لا تخضع في انعقادها إلا لمجرد التراضي كمعظم العقود. **المعيار الخامس:** بالنظر إلى النفاذ، وقسمت العقود بناءً عليه: أ - عقود نافذة: وهي الخالية من كل حق لغير العاقدين بوجوب توقفها على إرادته، ومن كل مانع آخر يمنع نفاذها. ب - عقود موقوفة: وهي التي فيها تجاوز على حق لغير عاقدتها بوجوب توقفها على إرادته وإجازته، كعقد الفضولي.

**المعيار السابع:** بالنظر إلى اللزوم وقابلية الفسخ، وتقسّم العقود بناءً عليه: أ - عقد لازم بحق الطرفين، ولا يقبل الفسخ بطريق الإقالة، وهو عقد الزواج. ب - عقود لازمة بحق الطرفين ولكنها تقبل الفسخ والإلغاء بطريق الإقالة أي باتفاق العاقدين، كالبيع والصلح وسائر العقود اللازمة الأخرى. ج - عقود لازمة بحق أحد الطرفين فقط كالرهن والكفالة. د - عقود غير لازمة أصلاً بحق كلا الطرفين وهي: التي يملك كلٌّ منهما فيها حق الرجوع والإلغاء، كالإيداع والإعارة والوكالة.

**المعيار الثامن:** بالنظر إلى تبادل الحقوق: وهذا المعيار هو الذي يخدمنا هنا ويعيننا في هذا المطلب. **المعيار التاسع:** بالنظر إلى الضمان وعدمه: وتقسّم العقود بناءً عليه: أ - عقود ضمان: وهي التي يعتبر المال المنقول، بناءً على تنفيذها من يد إلى يد مضموناً على الطرف القابض، وهذه العقود هي: البيع، والقسمة، والصلح عن مال بمال، والمخارجة والقرض، وإقالة هذه العقود. ب - عقود أمانة: وهي التي يكون المال المقبوض في تنفيذها أمانة في قابضه لحساب صاحبه، وهذه العقود هي: الإيداع، الإعارة، الشركة بأنواعها، الوكالة، الوصاية. ج - عقود مزدوجة الأثر فتنشئ الضمان من وجه، والأمانة من وجه، وهذه العقود هي: الإجارة، الرهن، الصلح عن مال بمنفعة.

**المعيار العاشر:** بالنظر إلى غاية العقد: وتقسّم العقود بناءً عليه إلى خمسة أقسام: أ - ما غايته التملك لعين أو منفعة؛ كالبيع والإجارة وغيرها. ب - ما غايته الاشتراك؛ كالشركة والمضاربة، والمزارعة. ج - ما غايته التوثيق؛ كالرهن والكفالة. د - ما غايته التفويض والإنابة؛ كالوكالة والوصاية. هـ - ما غايته الحفظ، وهو عقد الإيداع.

**المعيار الحادي عشر:** بالنظر إلى الفورية والاستمرار: وتقسّم العقود بناءً عليه إلى: أ - عقود فورية: وهي التي يتم تنفيذها فوراً دفعة واحدة في الوقت الذي يختاره العاقدان، كالبيع ولو بثمن مؤجل. ب - عقود مستمرة: وهي التي يكون الزمن عنصراً أساسياً في تنفيذها كالإجارة.

**المعيار الثاني عشر:** بالنظر إلى الأصلية والتبعية، وتقسّم العقود بناءً عليه إلى: أ - عقود أصلية: وهي كل عقد يكون مستقلاً في وجوده غير مرتبط بأمر آخر على سبيل التبعية له في الوجود والزوال، كعقد البيع والإجارة وغيرها. ب - عقود تبعية: وهي كل عقد يكون تابعاً لحق آخر ومرتبطة به في وجوده وزواله كاتصال الفرع بأصله، وذلك كعقد الرهن، وعقد الكفالة.

انظر: الزرقا، المدخل الفقهي العام، ١/ (٦٣٢-٦٤٧)، وأيضاً لمزيد من المراجع في هذا الموضوع وانظر: التركماني، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، ص (٢٥٩-٢٨٨)، والخطيب، نظرية العقد والخيارات في الفقه الإسلامي، ص (١١٨-١٣٤) وحسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ص (٢٩٩-٣١٩).

الحقوق<sup>(١)</sup> أو بتعبير آخر النظر إلى العوض<sup>(٢)</sup> وجوداً وعملاً وبناءً عليه فقد جعلوا العقود ثلاثة أنواع:

**النوع الأول: عقود المعاوضات أو المبادلات<sup>(٣)</sup>:** وقد مر ذكر ماهيتها وأنها العقود التي يأخذ فيها كل من العاقدين مقابلاً لما أعطاه، فهي عقود قائمة على أساس المبادلة بين طرفي العقد، فيدخل ضمن هذه المنظومة عقود: البيع والإجارة والاستصناع والاستخدام والشركة والصلح والمضاربة والمزارعة والمساقاة والقسمة والمقايضة والتأمين التجاري، والمقولة، والعمل والوكالة المأجورة، والكفالة إذا أخذ الكفيل أجراً من الدائن المتعاقد معه، أو إذا أخذه من المدين المكفول وغيرها وقد توجد عقود في المستقبل تصنف ضمن هذا التصنيف وذلك إذا قامت على العوض من جانبي العقد<sup>(٤)</sup>.

هذا وعقود المعاوضات تنقسم إلى قسمين<sup>(٥)</sup>:

**القسم الأول: عقود المعاوضات المحضة (المالية) كعقد البيع والإجارة وغيرها وهذا القسم من عقود المعاوضات هو محط اهتمامنا في هذا الفصل.**

**القسم الثاني: عقود المعاوضات غير المحضة وهي العقود التي يكون المال فيها مقصود من جانب واحد لا من الجانبين، كعقد القرض فهو عقد معاوضات لأن كل من العاقدين يأخذ ويعطي لكنَّ المقرض وهو أحد طرفي هذا العقد ليس مقصوده العوض وإنما قصده الرفق، والباحث هنا إذ يضع عقد القرض ضمن قائمة عقود المعاوضات غير المحضة يأخذ برأي الزركشي<sup>(٦)</sup>، ويخالف رأي الزرقا<sup>(٧)</sup> والسنهوري حيث عدّاه من العقود التي تحوي معنى التبرع ابتداءً، والمعاوضة انتهاءً وهذا النوع هو القسم الثالث لعقود المعاوضات وعقود التبرعات، وسبب الترجيح برأي الباحث يرجع لأمرين:**

(١) الزرقا، المدخل الفقهي العام، ٦٤٠/١

(٢) السنهوري، مصادر الحق، ص: ٧٩

(٣) المصري، رفيق بونس، أصول الإقتصاد الإسلامي، ط٢، دار القلم، دمشق، والدار الشامية، (١٤١٣هـ-١٩٩٣)، ص: ١٢٥.

(٤) انظر: المرجع السابق نفسه، ص: ٧٩، وأيضاً: سليم، أسس الثقافة القانونية في نظريات القانون والحق والعقد، ص: (٣١٧ - ٣١٨) وأيضاً الصيفي، عبدالله علي محمود، الجهالة وأثرها في عقود المعاوضات، ط١، دار النفائس، عمان، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٦م، ص: ٢٣.

(٥) انظر: الزركشي، المنثور في القواعد، ١٨٥/٣-١٨٦،

(٦) المرجع السابق نفسه، ١٨٦/٣.

(٧) الزرقا، المدخل الفقهي العام، ٦٤٠/١، والسنهوري، مصادر الحق، ص: ٧٩.

الأمر الأول: طبيعة عقد القرض فهو عقد معاوضة من أول لحظة لأن المقرض أعطى وآخر أخذ البديل رفقا بالمقترض، والمقترض أخذ وسيعطي بعد مدة اتفق عليها مع الطرف الآخر فهو عقد محتو على العوض من الجانبين.

الأمر الثاني: أن نية ومقصود المقرض ابتداء ليس التبرع والدليل أنه في الغالب يكون الاتفاق قد تم من البداية على موعد محدد ليبرد المقترض ما أخذه، وإذا تأخر المقترض عن رد البديل فلربما رُفِعَ الأمر إلى القضاء ليفصل في النزاع الحاصل بين طرفي العقد.

**النوع الثاني: عقود التبرعات:** وهي العقود التي لا يأخذ فيها أحد العاقدين مقابلا لما أعطى، ولا يعطي العاقد الثاني فيها مقابلا لما أخذ<sup>(١)</sup>.

ويدخل ضمن هذه المنظومة عقود: الإعارة، والوصية، والكفالة، والهبة، من غير عوض، والحوالة إذا كانت بغير أمر المدين والمحيل، وإبراء المدين من الدين، والوديعة بغير أجر<sup>(٢)</sup>.

**النوع الثالث<sup>(٣)</sup>: عقود تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء** ويدخل ضمن قائمة هذا النوع عقود: الكفالة بأمر المدين والحوالة والوكالة والرهن، والهبة بشرط العوض وكتوضيح لهذا النوع تمثل<sup>(٤)</sup> بعقد الكفالة بأمر المدين حيث أن الكفيل بالأمر متبرع في بداية الأمر بأداء الدين فلو قصر المدين بالتزاماته تجاه الدائن فإن الكفيل هو الذي سيقوم بالسداد وهذا هو معنى التبرع، فإن عاد على المدين بما دفع فإنه سيحصل عوض وبديل ما أعطى وهذا هو معنى المعاوضة، إذن فعقد الكفالة بأمر المدين في ابتداءه عقد تبرع وفي انتهائه عقد معاوضة.

### ثانيا: أنواع عقود المعاوضات المالية:

مر سابقا أن عقود المعاوضات المالية هي العقود التي يكون مقصود العاقدين فيها المال فهي عقود معاوضات؛ لأنها قائمة على العوض أو البديل وهي مالية؛ لأن العوض فيها المقصود من جانبي العقد هو مالا، فحاصل الأمر أن ميزتا العوضية والمالية قد اجتمعتا في هذا النوع من العقود فجعلتا منه نوعا مستقلا متميزا عن غيره من عقود المعاوضات، والذي يريد أن يعرف أكثر بخصوص هذا النوع من التعاقدات فإن الباب إلى ذلك هو المالية؛ لأنها هي التي تميزه عن غيره من التعاقدات القائمة على المعاوضات، والداخل من هذا الباب إلى فناء هذه

(١) الخياط، نظرية العقد والخيارات في الفقه الإسلامي، ص: ١٢٧

(٢) انظر: حسين، الملكية ونظرية العقد، ص: ٣٠٨، وسليم، أسس الثقافة القانونية، ص: ٣١٨، والخياط، نظرية العقد والخيارات في الفقه الإسلامي، ص: ١٢٧.

(٣) انظر: السنهوري، مصادر الحق، ص: ٧٩، الزرقا، المدخل الفقهي العام، ٤٦٠/١، وحسين، الملكية ونظرية العقد، ص: ٣٠٨.

(٤) انظر المثال في: الزرقا، المدخل الفقهي العام، ٦٤٠/١.



العقود فسيجد أن المالية تبعاً لتعدد أجناس<sup>(١)</sup> المال جعلت من هذا النوع عدة أقسام يمكن لنا أن نختزلهما في قسمين عظيمين رئيسيين وهما عقود الأعيان المالية وعقود المنافع<sup>(٢)</sup>:

**النوع الأول:** عقود الأعيان ويندرج تحت هذا النوع: البيع بجميع صورته كعقد البيع المطلق والسلم، والصرف، والقرض والصلح عن إقرار وغيرها.

**النوع الثاني:** عقود المنافع: ويندرج تحت هذا النوع: الإجارة، والمزارعة، والمساقاة والمضاربة والإستصناع.

(١) يذكر الدكتور محمد رواس في كتابه المعاملات المالية المعاصرة سبعة أنواع للمال وفي رأي الباحث هي أشبه بالمعايير منها بالأنواع لإمكانية دخول الجنس الواحد من الأموال في أكثر من قائمة من قوائم الأنواع التي ذكرها الدكتور محمد رواس وفيما يلي هذه الأنواع بإيجاز:

- ١ - المال إما أن يكون أعياناً كالسيارة أو يكون منافعاً كسكنى الدار أو حقوقاً كحق خيار الشرط.
- ٢ - والمال إما أن يكون متلياً وهو الذي له مثل يباع في السوق، أو قيمياً وهو الذي ليس له مثال يباع في السوق.
- ٣ - والمال إما أن يكون نامياً أو غير نام.
- ٤ - والمال إما أن يكون ظاهراً وهو الذي يستطيع غير صاحبه إحصاؤه كالمواشي، أو يكون باطنياً أو لا يطلع عليه غير صاحبه كالنقود وغيرها.
- ٥ - والمال إما أن يكون استهلاكياً وهو الذي لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاكه أو يكون استعمالياً وهو الذي يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه.
- ٦ - وقد يكون مملوكاً ملكاً تاماً، أو ملكاً ناقصاً.
- ٧ - ويكون المال حلالاً ويكون حراماً. انظر: قلعة جي، محمد رواس، المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الفقه والشريعة، الطبعة الأولى، دار النفائس، بيروت، (١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م)، ص: (١٨ - ٢٠).

(٢) اختلف الفقهاء في مسألة اعتبار المنافع من المال على رأيين:  
الرأي الأول: جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة حيث اعتبروا المنافع جزءاً من المال فهي أخص منه.

الرأي الثاني: الحنفية حيث لم يعتبروا المنافع أموالاً ولا جزءاً من الأموال.  
وهذه المسألة أشبعت بحثاً وعرضاً للأدلة وهي مسألة قديمة وليست وليدة العصر وما يهمننا في هذه الدراسة أن نذكر أن عدداً من المنافع من الأموال ليست باتفاق الفقهاء وإنما الجمهور منهم من عدّها من الأموال، وعلى رأيهم سنسير في تقسيم عقود المعاوضات المالية بجعل عقود المنافع جزءاً منها.  
انظر: ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ١٠/٧، والشاطبي، الموافقات، ٣٢/٢، والزرکشي، المنتور في القواعد، ٢٢٢/٣، والمرداوي، الإنصاف، ٢٥٨/٤، وانظر: شبير، محمد عثمان، المدخل إلى فقه المعاملات المالية، الطبعة الأولى، دار النفائس، عمان، (١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٤ م)، ص: (٧٢ - ٧٤)

## المبحث الثاني

### أثر مقتضى العقد على عقود المعاوضات المالية

#### وإيراد بعض الأمثلة على ذلك

#### المطلب الأول: أثر العقد في عقود المعاوضات المالية

مقتضى العقد هو جزء أصيل وأساسي في بناء العقد، سواء أكان العقد عقد معاوضات أو غيره من الأنواع الأخرى للتعاقدات، ولذلك عندما نتحدث عن أثر المقتضى على عقد من العقود فلا يعني هذا بحال من الأحوال أن هناك انفصال بين العقد ومقتضاه، فليس هذا هو المقصود، وإنما المقصود راجع إلى طبيعة المقتضى من كونه أحكام تثبت وتجب بالعقد وهي تستمد قوتها من كونها من وضع الشارع لا من اشتراط وإرادة العاقدين، وهذه الأحكام أو المقتضيات عرضة للتوافق أو التناظر مع سائر الأحكام أو الشروط الأخرى المتصلة بذلك العقد، وفيما يلي أعرض لتلك الحالات مبينا من خلالها أثر مقتضى العقد في عقود المعاوضات المالية:

#### أولاً: حالة التوافق

فإذا تقدمنا في هذا الموضوع خطوة إلى الأمام ونظرنا إلى حالة التوافق بين مقتضى العقد وبين بقية العناصر المكونة للبناء التعاقدى، فإننا لن نلاحظ حالة التأثير والتأثير لاختفائها وراء حالة الانسجام والتناغم التي تسود بين تلك المكونات، وبالتالي فإن أحكام المقتضى تطبق على أرض الواقع دون أن يكون هناك أي إشكالية من جهة التطبيق، ولنأخذ على هذه الحالة.

المثال التالي: اشتراط أحد العاقدين أو أحدهما شرطاً يقتضيه العقد.

فالعقد له مقتضيات تثبت به وتجب، فإذا اشترط أحد العاقدين - مثلاً - أن يلتزم الطرف الآخر بحكم من تلك المقتضيات كأن يشترط في عقد البيع من اشترى سيارة أن يقوم الطرف الآخر بتسليمه إياها، فهذا الشرط لم يصف شيئاً جديداً أو حكماً جديداً واجب التنفيذ؛ لأن التسليم ثابت وواجب بالعقد على البائع لمصلحة المشتري فهو ثابت بمقتضى عقد البيع الذي أبرم بين الطرفين.

يقول الإمام النووي متحدثا عن هذا النوع من الشروط: " ويكون شرطه توكيدا وبيانا لمقتضاه"<sup>(١)</sup>.

ففائدة هذا الشرط أنه مؤكد و مبين ومقرر لمقتضى العقد، وهنا يأتي الشاهد حيث أن مقتضى العقد طبقت أحكامه ولم يؤثر سلبا في العقد لأن الشرط المقترن بالعقد جاء متوافقا مع هذا المقتضى.

### ثانيا: حالة التنافر والتعارض

العقد كالجسد لا تظهر أهمية وظائف عضو من أعضائه إلا إذا طرأ على ذلك العضو علة أو مرض من الأمراض، فعندها يتداعى له سائر الجسد بالحمى والسهر.

والمقتضى كعضو في جسد العقد لا تظهر أهمية أثره في العقد إلا إذا حدث اشتراط من جانب العاقدين أو أحدهما، وحدث خلاف وتعارض بين ما يثبت مقتضى العقد وما يثبته الاشتراط المقترن بالعقد من أحكام، وذلك لأن أحكام مقتضى العقد من وضع الشارع، والعقد إذا خلا من الاشتراط من جهة العاقدين فما يثبت به فهو من وضع الشارع، وبالتالي فلا يمكن أن يتعارض لأن المصدر واحد<sup>(٢)</sup>.

فالننتيجة إذن كي يدرك أثر مقتضى العقد في عقد من عقود المعاوضات المالية، فإن السبيل إلى ذلك من خلال وجود الشرط المناقض لمقتضى العقد، وفيما يلي عرض لأراء الفقهاء في هذا الاتجاه:

أولا: الحنفية<sup>(٣)</sup>:

ابتكرت عقول فقهاء الحنفية مصطلحا ثالثا يضاف إلى مصطلحي الصحة والبطان ألا

وهو:

(١) النووي، المجموع، ٢٦٩/٩.

(٢) قال الزرقا - رحمه الله -: " إن مبدأ سلطان الإرادة في آثار العقد بحسب الاصطلاح القانوني الحديث هو نظرية الشروط العقدية في اصطلاح فقهاءنا قديما، فإن طريق إرادة العاقدين إلى الآثار الأصلية للعقد المسمى بينهما إنما هي الشروط التي يشترطانها في العقد، إذ يضيف العاقدان بهذه الشروط إلى نتائج العقد بينهما حقوقا والتزامات لم يكن ليقضيهما أصل العقد لو خلا عما اشترطاه فيه ".  
وقال في موضع آخر: "..... فقد يخلو العقد من كل شرط، وعندئذ لا شك في أن الأحكام التي تثبت إنما هي ما قدره التشريع من آثار لهذا العقد.... ". انظر: الزرقا، المدخل الفقهي العام، الجزء الأول، ص: ٥٤٨ و٥٤٩ في الهامش.

(٣) انظر: الحفصكي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ٧/ ٢٨٢ - ٢٨٥. ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ٧/ ٢٨٢-٢٨٥، والعيني، البناية شرح الهداية، ٧/ ١٨٨-١٩١، ابن مودود، الاختيار، ٢/ ٢٥-٢٦.

مصطلح الفساد، وبناء عليه، فقد جعلوا العقود ثلاثة أنواع وهي: العقد الصحيح، والعقد الباطل والعقد الفاسد، وميزوا بين العقد الباطل والعقد الفاسد بأن العقد الباطل ما لا يكون مشروعاً بأصله ووصفه، بينما العقد الفاسد فهو ما يكون مشروعاً بأصله دون وصفه، وقالوا إن العقد الباطل لا يفيد ملك التصرف واختلفوا فيما لو هلك المبيع في عقد البيع في يد المشتري فهل يد المشتري هنا يد أمانة أم يد ضمان، على قولين عندهم: الأول هو قول الإمام أبي حنيفة - رحمه الله - والثاني هو رأي صاحبيه<sup>(١)</sup>.

وأما العقد الفاسد فقالوا يثبت به الملك إذا اتصل بالقبض وفي هذه الحالة يكون مضموناً في يد المشتري.

ولكن السؤال يبقى مطروحاً حول أثر مخالفة مقتضى العقد على عقود المعاوضات المالية عند الحنفية، والجواب على ذلك:

أن الحنفية جعلوا الشرط المناقض لمقتضى العقد مفسداً لعقد المعاوضات المالية حيث فرقوا بين ما يورث خلافاً في ركن عقد من عقود المعاوضات المالية، وبين ما يورث خلافاً في غير ركنه كالتسليم والتسليم الواجبين به، والانتفاع به، والانتفاع المقصود منه والإطلاق عن شرط لا يقتضيه العقد فجعلوا الذي يورث خلافاً في ركن العقد مبطلاً للعقد وما يورث خلافاً في غيره فهو مفسد لذلك العقد.

فهم ذكروا الشرط المخالف للمقتضى وذكروا الذي يورث خلافاً في مقتضيات العقد حيث أن التسليم مقتضى من مقتضيات عقود المعاوضات المالية، وهذا أيضاً مرده إلى الشرط، فالشرط هنا إما أن يناقض مقتضى العقد أو يورث خلافاً في تطبيق مقتضى العقد.

ويضاف إلى هذين الشرطين شرط ثالث<sup>(٢)</sup>، هو الشرط الذي لا يقتضيه العقد وفيه مضرة لأحد العاقدين أو ليس فيه منفعة ولا مضرة لأحد، أو فيه منفعة لغير المتعاقدين والمبيع كشرط أن لا يبيع المبيع ولا يهبه، والحكم هنا لا يكون بالفساد وإنما ببطلان الشرط وصحة العقد.

فحاصل الكلام إذن أن مخالفة أو إيراد خلل في مقتضى العقد بالشرط تجعل عقد المعاوضات المالية فاسداً عند الحنفية، وتطبق عليه أحكام العقد الفاسد المختصة بذلك النوع من العقود عندهم، ويستثنى من ذلك بعض الشروط المناقضة لمقتضى العقد حيث يحكم على هذه الشروط بالبطلان، ويبقى العقد صحيحاً.

(١) انظر: العيني، البناية، ١٩٠/٧.

(٢) انظر: ابن مودود، الاختيار، الجزء الثاني، ص: (٢٥ - ٢٦).

ثانيا: المالكية<sup>(١)</sup>:

المالكية ليس عندهم تقسيمات ثلاث للعقد كما هو الحال عند الحنفية، بل إن ما يعبرون عنه بالفساد يقابل تعبير البطلان عند الحنفية، قال الدردير في الشرح الصغير: " والصحة في العقود ترتب أثرها عليها والفساد عدمه"<sup>(٢)</sup> أي عدم ترتب آثارها عليها<sup>(٣)</sup>.

فالعقد عند المالكية إما عقد صحيح وإما عقد فاسد، وفساد العقد راجع لعدة أسباب عندهم منها متعلق فساده بعدم الاقتضاء مع مناقضة المقصود من العقد، قال الدسوقي: " اعلم أن الشرط الذي يحصل عند البيع إما أن لا يقتضيه العقد وينافي المقصود منه، أو يخل بالثمن، أو يقتضيه العقد، أو لا يقتضيه ولا ينافيه، فالمضر الأولان دون الأخيرين. وقد ذكر المصنف مثال الأولين، وأما الثالث كشرط تسليم المبيع للمشتري والقيام بالعيب، ورد العوض عند انتقاض البيع.... والرابع كشرط الأجل والخيار والرهن فهذه أمور لا تنافي العقد ولا يقتضيها..... هذا تفصيل الإمام مالك"<sup>(٤)</sup>.

ومما يذكره المالكية كمثال على الشرط الذي لا يقتضيه العقد وينافي المقصود منه، أن يشترط عليه أن لا يبيع، أو لا يبيع إلا من نفر قليل، أو يشترط عليه أن لا يهب<sup>(٥)</sup>.

ويلحظ المتأمل بكلام المالكية أن مقتضى العقد إن خولف بالشرط ونوقض فإن هذه المخالفة تؤثر في العقد فتفسده عندهم، وهم في هذا المجال يقربون بين عبارة منافاة مقتضى العقد وعبارة منافاة المقصود من العقد وكأن المعنى عندهم واحد، والدليل على ذلك أنهم عندما استنتوا شرط تنجيز العتق من الشروط التي تضر بالعقد قالوا على لسان أحد علمائهم: " فإنه جائز، وإن كان منافيا لمقتضى العقد"<sup>(٦)</sup> ولم يقولوا: وإن كان منافيا للمقصود من العقد هذا أولا، وثانيا: ما قاله في موضع آخر " فإذا فسد العقد جراء الأثر الناتج عن منافاة مقتضى العقد

(١) انظر: الدردير، أحمد بن محمد العدوي ت: ١٢٠١هـ، الشرح الكبير، ط١، خرج آياته وأحاديثه: محمد عبدالله شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، (١٤١٧هـ - ١٩٩٦م)، ٤/ (١٠٥-١٠٩)، والدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، (١٤١٧هـ - ١٩٩٦م)، ٤/ (١٠٥-١٠٩) والخرشي، محمد عبدالله بن علي ت: ١١٠١هـ، حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل، ط١، ضبط وخرج آياته وأحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، (١٤١٧هـ - ١٩٩٧م)، ص: ٥/ (٤٠١-٤٠٢).

(٢) الدردير، الشرح الصغير، ٤٩/٣.

(٣) الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير، ٤٩/٣.

(٤) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٤/١٠٥.

(٥) انظر: الخرشي، حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل، ٥/ ٤٠١.

(٦) الدردير، الشرح الكبير، ٤/ ١٠٦.

بالشرط، فإن العوض في عقود المعاوضات المالية يرد إلى صاحبه. فإن كان العوض قيمياً وكان قد هلك فترد قيمته<sup>(١)</sup>.

هذا ونرجع مرة ثانية إلى استثناء المالكية شرط تنجيز العتق، فالمالكية يجيزون لمن أراد أن يبيع رقيقاً عنده أن يشترط تنجيز العتق، قال صاحب الشرح الكبير: " فإنه جائز وأن كان منافياً لمقتضى العقد لتشوف الشارع للحرية"<sup>(٢)</sup>.

قلت: هذه العبارة الأخيرة (لتشوف الشارع للحرية) تكتب بماء الذهب وهي من مفاخر الفقه المالكي، فالفقهاء المسلمون أدركوا من البدايات أن الخالق جل جلاله الذي بعث محمد صلى الله عليه وسلم بالشريعة السمحة من مقاصده في التشريع أن يكون الإنسان حراً ولذلك تلقف فقهاء المالكية - وغيرهم من فقهاء المذاهب - هذا المعنى وهذا المقصد، وجعلوه قاعدة يرجع إليها حتى في البيع والشراء، فإذا كان عقد البيع يفسد بالشرط الذي ينافي مقتضى العقد فإن هذا الفساد لا ينسحب على عقد يكون مدخلاً لنيل الإنسان المسترق حريته فالتحرر من الرق مقصد من مقاصد الشارع الحكيم.

### ثالثاً: الشافعية<sup>(٣)</sup>

الشافعية وضعوا عدة ضوابط - كغيرهم من المذاهب - للشروط المقترنة بالعقد يبني عليها معرفة الشرط الصحيح والشرط الباطل أو الفاسد، وهذه الشروط منها ما يتعلق بموافقة مقتضى العقد وهذا النوع من الشروط يكون من باب تأكيد وبيان مقتضى العقد، وهناك من الشروط ما يتعلق بما لا يقتضيه العقد، وهذه الشروط التي لا يقتضيه العقد تنقسم إلى قسمين:

الأول: ما لا يقتضيه العقد ولكن فيه مصلحة للعاقدين أو لأحدهما، كخيار الثلاث والأجل، والضمين والشهادة ونحوها من الشروط، وهذه بلا خلاف عندهم يصح العقد ويثبت المشروط.

الثاني: الشروط التي تنافي مقتضى العقد كأن يشترط البائع في عقد البيع - مثلاً - أن المشتري لا يبيع ما اشترى ولا ينتفع به، وإذا كان المبيع داراً أن يسكنها البائع مدة من الزمن ونحوها من الشروط التي يجمعها جامع منافاتها لمقتضى العقد.

(١) المرجع السابق نفسه، ٣٥ / ٤

(٢) المرجع السابق نفسه، ١٠٦ / ٤.

(٣) انظر: الشيرازي، إبراهيم بن علي، المهذب، دار عالم الكتب، الرياض، ٩ / ٢٦٩ - ٢٧٢، وهذه الطبعة معها شرحها وهو كتاب المجموع للإمام النووي وأيضاً السيوطي، جلال الدين عبدالرحمن ت ٩١١هـ، الأشباه والنظائر، ط ١، تحقيق وتعليق وتخريج الأحاديث محمد محمد تامر وحافظ عاشور حافظ، دار السلام، القاهرة، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م، ص: ٧٨٤، ٧٨٣.

وهذا القسم من الشروط يبطل به العقد.

قال الإمام النووي في المجموع: " فالبيع باطل في جميع هذه الصور وأشباهاها لمنافاة مقتضاه، ولا فرق عندنا بأن يشرط شرطا واحدا أو شرطين، وحكى إمام الحرمين والرافعي وغيرهما قولاً غريباً حكاه أبو ثور عن الشافعي أن البيع لا يفسد بالشروط الفاسدة بحال، بل يلغو الشرط ويصح البيع لقصة بريرة رضي الله عنها وهذا ضعيف"<sup>(١)</sup>

ويحمل كلام الإمام النووي - رحمه الله - هذا بالإضافة إلى كون الشروط المنافية لمقتضى العقد مبطله لذلك العقد يحمل أيضا إلى كون الشافعية لا يفرقون بين شرط فاسد وشرط باطل، فالبطلان والفساد بنفس المعنى عندهم وهم في هذا ينحون منحى المالكية.

فحاصل الكلام أن أثر منافاة مقتضى العقد - عند الشافعية - من خلال الشروط المقترنة بالعقد ترتد على العقد بالبطلان ومن هنا يثبت لنا قوة تأثير مقتضى العقد على العقد عن الشافعية.

هذا ويبقى أن ننقل بعض درر الإمام النووي في مجموعه عن أثر الشروط الفاسدة - ومنها الشروط المنافية للمقتضى - على عقود المعاوضات المالية من خلال عقد البيع وإفتراق هذا النوع من العقود عن عقد النكاح.

قال النووي - رحمه الله - بعدما ذكر فساد عقد البيع بالشروط الفاسدة: "... وحينئذٍ البيع عكس النكاح، فإن المشهور أنه لا يفسد بالشروط الفاسدة"<sup>(٢)</sup>، وفيه قول شاذ ضعيف أنه يفسد بها، فإذا جمع البيع والنكاح حصل فيهما ثلاثة أقوال أحدهما: يفسدان بالشروط الفاسدة، والثاني: لا، والثالث: وهو المذهب والمشهور يفسد البيع دون النكاح والتفريع على هذا القول وبالله التوفيق." <sup>(٣)</sup>

#### رابعاً: الحنابلة<sup>(٤)</sup>

ومذهب الحنابلة أرحب المذاهب الفقهية وأوسعها قبولاً للشروط المقترنة بالعقد، وبنوا رحابة مذهبهم على أساس أن الأصل في الشروط المقترنة بالعقد الإباحة لا الحظر، والإطلاق

(١) انظر: النووي، المجموع، ٢٧٣/٩ - ٢٧٤

(٢) المقصود هنا عقد النكاح فهو العقد الذي في المشهور عندهم لا يفسد بالشروط الفاسدة.

(٣) المرجع السابق، نفسه، ٢٧٤/٩.

(٤) انظر: ابن قدامة، الكافي، ٢٢/٢ - ٢٤، وابن تيمية، الفتاوى الكبرى، ٤/ ٧٦ - ١٠١ وشبير، المدخل إلى فقه المعاملات المالية، ص: (٢٥٧ - ٢٥٨)

لا التقييد، إلا أنهم استثنوا بعض الشروط من هذه القاعدة، ثم اختلفوا بينهم في هذه المستثنيات على قولين:

**القول الأول:** جمهور الحنابلة وفي مقدمتهم ابن قدامة - رحمه الله - حيث نجده في كتابه الكافي<sup>(١)</sup> - على سبيل المثال - يضع ضوابط للشروط المقبولة وغير المقبولة في عقد البيع ويقاس على عقد البيع سائر عقود المعاوضات المالية ويجعلها على أربعة أضرب:

الضرب الأول: ما هو من مقتضى البيع: كالتسليم والرد بالعيب فهذا الأثر له لأنه بيان وتأكيدي لمقتضى العقد.

الضرب الثاني: ما هو من مصلحته، كالخيار والأجل والرهن والضمين، فهذا شرط صحيح لازم، ورد الشرع بجوازه.

الضرب الثالث: شرط ينافي مقتضى العقد وهو نوعان:

أحدهما: ما لم يبين على التغليب والسراية، كشرط أن لا يملك، ولا يتصرف ونحوها من الشروط، فهذا شرط باطل.

وهل يفسد البيع به؟ فيه روايتان:

أحدهما: لا يفسد، لحديث بريرة. والثانية: يفسد، لأنه إذا فسد الشرط، وجب رد ما في مقابلته من الثمن، وذلك مجهول، فيصير الثمن مجهولاً.

النوع الثاني: يشتريه بشرط أن يعتقه ففيه روايتان: أحدهما: الشرط فاسد، لأنه ينافي مقتضى العقد، فأشبه ما قبله.

والثانية: يصح؛ لأن عائشة - رضي الله عنها - اشترت بريرة لتعتقها، فأجازها النبي صلى الله عليه وسلم.

الضرب الرابع: ما لا ينافي مقتضى العقد، ولا هو من مصلحته، وهو نوعان: أحدهما: أن يشرط عقداً، مثل أن يبيعه بشرط أن يبيعه عينا أخرى، أو يؤجره، أو يشتري منه ونحوه، فهذا شرط يفسد العقد به.

الثاني: أن يشترط المشتري منفعة البائع في المبيع، فيصح إذا كانت معلومة، مثل أن يشتري ثوبا ويشترط على بائعه خياطة قميصاً. فهذه أنواع الشروط المقترنة بالعقد عند ابن

(١) ابن قدامة، الكافي، ٢/ ٢٢ - ٢٤



قدامة - رحمه الله - ويظهر فيها تأثير مقتضى العقد جليا من خلال ضابط من تلك الضوابط وهو<sup>(١)</sup>:

أن يشترط العاقدين أو أحدهما شرطا لم يبين على التغليب والسراية وكان هذا الشرط منافيا لمقتضى العقد كأن يشترط البائع على المشتري أن لا يملك أو لا يتصرف في المبيع الذي تملكه بالعقد، فهذا الشرط باطل قياسا على اشتراط الولاء في قصة عائشة مع بريرة رضي الله عنهما، حيث أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل الولاء لمن أعتق، وعلى هذا الشرط قيست كل الشروط المنافية لمقتضى العقد، فمخالفة المقتضى أثرت في الشروط المقترنة بالعقد فأبطلتها؛ وأما تأثير مخالفة مقتضى العقد على العقد نفسه من خلال هذه الشروط فعندهم روايتان:

الأولى: لا يفسد العقد، وهذه الرواية يدعمها ويقويها النص وهو حديث عائشة - رضي الله عنها - والثانية: يفسد للجهالة لأن جزءاً من الثمن يقابله الشرط، فكأن صاحب الشرط من العاقدين ما كان ليرضى بالعقد خالياً من الشرط، فإذا فسد الشرط، انخزم الرضا وأصبح هناك جهالة في رد ما يقابل الشرط من ثمن.

**القول الثاني:** وهؤلاء هم الذين قللوا من الاستثناءات على أصل الإباحة وعلى رأسهم شيخ الإسلام ابن تيمية فعنده الشرط صحيح إلا إذا دل على تحريمه وإبطاله نص أو قياس، أو أن يكون الشرط منافيا لمقصود العقد كاشتراط الفسخ في العقد.

وهذا الرأي ربما لا يظهر للناظر - من خلاله - تأثير مخالفة مقتضى العقد على عقود المعاوضات المالية، فمثلا شيخ الإسلام ابن تيمية - رحمه الله - إذا تتبعت كلامه الخاص بالعقود والشروط في فتاويه لا تجد له كلاما يقلل من أهمية تأثير مقتضى العقد إلا أنه من خلال الضابطين السابقين للشروط جعل المعتمد عليه في التأثير على العقد هو منافاة مقصود العقد وليس مخالفة مقتضى العقد، يقول: شيخ الإسلام: "... وجماع ذلك أن الملك يستفاد به تصرفات متنوعة فكما جاز الإجماع استثناء بعض المبيع، وجوز أحمد وغيره استثناء بعض منافع، جوز أيضا استثناء بعض التصرفات.

وعلى هذا فمن قال هذا الشرط ينافي مقتضى العقد مطلقا، فإن أراد الأول فكل شرط كذلك، وإن أراد الثاني لم يسلم له، وإنما المحذور أن ينافي مقصود العقد كاشتراط في النكاح، أو اشتراط الفسخ في العقد<sup>(٢)</sup>، وتبقى قضية هنا هي: هل يدخل المقصود من العقد ضمن ذلك

(١) انظر ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، ٧٩/٤.

(٢) ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، ٨٢/٤.

العقد أم لا عند أصحاب هذا الرأي؟ والجواب على ذلك هو الذي يحدد مدى تأثير مخالفة المقتضى على العقد عند أصحاب هذا الرأي.

فهذه خلاصة رأي المذاهب الأربعة في أثر مقتضى العقد في عقود المعاوضات وقد رأينا أن لكل من هذه المذاهب ضوابط في قبول الشرط المقترن بالعقد أو رده، ولكنهم بالمجمل اتفقوا<sup>(١)</sup> على أن مخالفة ومناقضة مقتضى العقد له تأثير على العقد وعلى الشرط فقد يبطل الشرط والعقد، وقد يصبح العقد بين منزلتي الصحة والبطلان كما هو عند الحنفية حيث سموا هذه المنزلة بالعقد الفاسد.

### المطلب الثاني: نماذج تطبيقية لأثر مقتضى العقد على عقود المعاوضات المالية

ذكر في المطلب السابق أثر مخالفة مقتضى العقد على عقود المعاوضات المالية عند الفقهاء وفي هذا المطلب يورد الباحث تطبيق ما ذكر هنالك من خلال بعض الأمثلة التالية:

**المثال الأول: لزوم العقد والخيارات.**

واللزوم من مقتضيات عقد المعاوضة المالي، ومعناه<sup>(٢)</sup>: أن العاقد لا يستطيع فسخ العقد إلا بالتراضي، والتراضي على الفسخ عندئذ يسمى إقالة.

واللزوم فكرة تجعل من مقتضى العقد نظام يتجاوز النوع الواحد من العقود ليؤلف نظرية<sup>(٣)</sup> عامة تتدرج تحتها كثير من الأحكام المشتركة بين العقود.

واللزوم فكرة أساسية - كما يقول الزرقا<sup>(٤)</sup> - ضرورية في العقود، ولولاها لفقد العقد أهم مزاياه في بناء الأعمال والحياة الاكتسابية.

ولكن اللزوم - كمقتضى للعقد - عرضة للمخالفة والمنافاة من خلال الخيارات<sup>(٥)</sup> التي تثبت كحق للعاقدين أو لأحدهما.

(١) أي المذاهب الأربعة بشكل عام وأما إذا نظر إلى الأمر من وجهة أخرى فبعض الفقهاء كشيخ الإسلام لا يظهر - للباحث - من كلامه أثر لمخالفة مقتضى العقد على العقد نفسه، إلا إذا اعتبر مقصود العقد جزءاً من مقتضاه.

(٢) انظر: الزرقا، المدخل الفقهي العام، ١/٥١٣.

(٣) تعني النظرية: المفهوم العام أو التصور المجرد الذي يؤلف نظاماً قانونياً تتدرج تحته القواعد والضوابط والفروع المتعلقة بهذا النظام. انظر: سراج، نظرية العقد التعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي، ص: ٧.

(٤) الزرقا، المدخل الفقهي العام، ١/٥٢١.

(٥) عرف الدكتور أحمد السعد الخيار بأنه: "حق العاقد في إمضاء العقد أو فسخه."، انظر: السعد، أحمد محمد، فقه المعاملات، دار الكتاب الثقافي، إربد، الأردن، (١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م)، ص: ٢١.

وثبوت الخيارات قضية متفق عليها بين المذاهب الأربعة<sup>(١)</sup>، والإشكالية هنا أن مقتضى العقد يبقى معطلا ما دام أن هناك خيارات للعاقدين في العقد.

قال العيني: " شرط الخيار يخالف مقتضى العقد، وهو للزوم وإنما جوزناه بخلاف القياس"<sup>(٢)</sup>

فوجود الخيار في العقد أساساً يبطله لمنافاته لمقتضى العقد فهو يسلب لزومية العقد، وإنما أجاز لثبوته بالنص، وفي هذه الحالة يبقى مقتضى العقد موقوف التنفيذ حتى تنتهي فترة الخيارات.

جاء في المادة: (٢٧٧) من مرشد الحيران ما نصه: " يشترط للزوم عقود المعاوضات الواردة على الأعيان أو على منافعها أن تكون عارية عن الخيارات"<sup>(٣)</sup>

**المثال الثاني: سلامة المبيع من العيوب.**

فسلامة المبيع من العيوب مقتضى من مقتضيات عقد البيع فإذا تم العقد وسلم البائع المبيع إلى المشتري وتم التقابض فوجد المشتري المبيع معيوباً، فما تأثير ذلك على العقد؟

قال: ابن مودود الحنفي: " (مطلق البيع يقتضي سلامة المبيع) لأن الأصل هو السلامة، وهو وصف مطلوب مرغوب عادة، والمطلوب عرفاً كالمشروط نصاً. قال: (وكل ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب، لأن الضرر بنقصان المالية وهم يعرفون ذلك"<sup>(٤)</sup>

ثم يذكر بعد ذلك تأثير مخالفة مقتضى العقد نفسه فيقول: " وإذا علم المشتري بالعيب عند الشراء أو عند القبض وسكت فقد رضى به. قال: " وإذا اطلع المشتري على عيب فإن شاء أخذ المبيع بجميع الثمن وإن شاء رده، لأنه لم يرضى به، وليس له أخذه وأخذ النقصان إلا برضى البائع، لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بالعقد..... ولا يملك رد البعض دون البعض لا قبل القبض ولا بعده، لأن تمييز المعيب زيادة في العيب"<sup>(٥)</sup>

إذن فمخالفة مقتضى العقد في سلامة المبيع من العيوب لا يفسد العقد، وإنما يعطي المشتري الذي تضرر بوجود هذا العيب الخيار في فسخ العقد والرجوع على البائع بالثمن،

(١) انظر في ذلك: ابن عابدين، رد المحتار، ١٠١/٧، والخرشي، حاشية الخرشي، ٥/٥٤٨، والحصني، كفاية الأختار، ص: ٣٤٣، وابن قدامة، المغني، ٣/٤١٠.

(٢) العيني، البناء، ٧/٧٧

(٣) قدرى، مرشد الحيران، ص: ٦٩.

(٤) ابن مودود، الاختيار لتعليل المختار، الجزء الثاني، ص: ١٨.

(٥) المرجع السابق نفسه، الجزء الثاني، ص: (١٨ - ١٩)

واللافت للناظر هنا ربط مخالفة مقتضى العقد بالرضا، فمخالفة مقتضى العقد أثر في الرضا الذي قام عليه التعاقد إلا أنه لم يهدمه، وإنما أعطى الحق للمتضرر في فسخ العقد أو الإمضاء.

جاء في المادة (٣٤٢) من مرشد الحيران ما نصه: " يثبت حق فسخ العقد بخيار العيب من غير اشتراط في العقد، فمن عقد شراء أو إجارة أو أخرى مع شريكه قسمة مال مشترك من القيميات أو المثليات المتحدة أو المختلفة الجنس أو صالح عن دعوى مال معين على شيء بعينه فله فسخ العقد ونقض القسمة بخيار العيب إذا وجد في مشريه أو في العين المستأجرة أو في بدل الصلح أو في الحصة التي أصابته من القسمة عيبا قديما لم يعلم به وقت العقد أو حين القسمة ولم يوجد منه ما يدل على الرضا به بعد اطلاعه عليه ولم يشترط البراءة من العيوب. فإن وجد شيء من ذلك سقط حق خياره ولزمه العقد والحصة التي أصابته في القسمة"<sup>(١)</sup>

قلت وهذه المادة شملت كل عقود المعاوضات المالية من حيث إعطاء حق الفسخ بالعيب للمشتري إلا إذا وجد ما يدل على سكوته على العيب بعد علمه به، أو أن البائع كان قد اشترط عند التعاقد البراءة من العيوب، فعندها يفقد المشتري حقه في فسخ العقد ويسقط حقه في ذلك ويلزمه العقد دون نقصان.

وعند المالكية<sup>(٢)</sup>: يثبت خيار الرد للمشتري إن أخل العيب بذات المبيع أو نقص بالثمن أو خاف المشتري عاقبة العيب في المبيع؛ لأن العادة السلامة من العيب فهذا ثابت بمقتضى العقد، فمخالفته أثرت في التعاقد وأعطت المشتري الحق ببرد المبيع المعيوب.

وأما الشافعية<sup>(٣)</sup> فهم كالحنفية والمالكية في إعطاء المشتري الحق ببرد المبيع، شرط أن يتمكن من الرد بالعيب القديم فإن لم يتمكن بأن تلف المبيع، ثم علم بالعيب فليس له الرد وإنما له الأرش، والأرش جزء من ثمن المبيع نسبته إليه نسبة ما نقص العيب من القيمة عند السلامة.

ويبقى الحنابلة وهم أيضا كبقية المذاهب في هذه المسألة، فابن قدامة - رحمه الله - يعلق على قول الخرقى في مختصره: (وإذا تفرقا من غير فسخ لم يكن لأحدهما رده إلا بعيب أو خيار)، قال ابن قدامة<sup>(٤)</sup>: " ولا خلاف بين أهل العلم في ثبوت الرد بهذين الأمرين " ثم يذكر صورا أخرى ويلحقها في معنى العيب، كأن يدلس المبيع بما يختلف به الثمن، أو يشترط في المبيع صفة يختلف بها الثمن، فيتبين بخلافه ".

(١) قدرى، مرشد الحيران، ص: (٨٦ - ٨٧).

(٢) انظر: الدردير، الشرح الصغير، ٣/٩١.

(٣) الحصني، كفاية الأحيار، ص: ٣٤٣.

(٤) المغني، ابن قدامة، ٣/٤١٠.

ويوضح الحجاوي في زاد المستقنع<sup>(١)</sup> أثر مخالفة مقتضى العقد في سلامة العيب فيذكر أن للمشتري إذا علم بالعيب بعدما قبض المبيع أن يردده أو أن يأخذ الأرش، والأرش هو قسط ما بين قيمة الصحة والعيب فإذا تلف المبيع تعيب الأرش، ثم يذكر أن خيار العيب متراخ ما لم يوجد دليل الرضا.

### المثال الثالث: الشرط الجزائي

والشرط الجزائي من المستجدات الطارئة على التعاقدات في العالم الإسلامي، حيث عرف أول ما عرف في العالم الغربي ثم انتقل إلى بلاد المسلمين كنتيجة للتأثر بالقوانين الوضعية الغربية<sup>(٢)</sup>.

ومعناه: هو اتفاق المتعاقدين سلفاً على التزام معين يستحقه الدائن أو غيره على المدين، إذا لم يقم المدين بواجباته، أو إذا تأخر في تنفيذها<sup>(٣)</sup>، أو بعبارة أخرى هو: اتفاق المتعاقدين سلفاً على تقدير العوض الذي يستحق عند عدم التنفيذ العيني أو التأخر فيه<sup>(٤)</sup>.  
إذن فالشرط الجزائي استحقاق مترتب على إخلال أحد طرفي العقد بالتزاماته العقدية ثبت باشتراط الشارط مقدماً عند إجراء العقد الأصلي وكان أحد طرفي العقد استشر مقمداً احتمالية إخلال الطرف الآخر بواجباته فأراد من خلال الشرط أن يحمله على عدم هذا الإخلال.

(١) الحجاوي، زاد المستقنع، ص: ١٥٧.

(٢) انظر: الصوا: علي محمد، الشرط الجزائي في الديون، مركز البحوث والدراسات في جامعة الشارقة، الشارقة، إصدارات سنة ٢٠٠٣، الجزء الأول، ص: ٢٧٨.

وهو عبارة عن بحث مقدم في مؤتمر " دور المؤسسات المصرفية الإسلامية في الاستثمار والتنمية " الذي عقدته كلية الشريعة والدراسات الإسلامية في جامعة الشارقة في الإمارات العربية المتحدة في الفترة ما بين (٧-٩) شهر أيار عام ٢٠٠٢م، وقد ضم هذا البحث إلى مجموعة أبحاث أخرى أقيمت في هذا المؤتمر وجعلت في إصدار واحد.

وانظر أيضاً: الزحيلي، محمد، الشرط الجزائي في المعاملات المالية والمصرفية، مركز البحوث والدراسات في جامعة الشارقة، الشارقة، إصدار سنة ٢٠٠٣م، الجزء الأول، ص: ٢٥٩، وهو عبارة عن بحث مقدم أيضاً لمؤتمر " دور المؤسسات المصرفية الإسلامية في الاستثمار والتنمية " الذي أقامته جامعة الشارقة في الفترة ما بين (٧-٩) من شهر أيار عام ٢٠٠٢م.

(٣) الزحيلي، الشرط الجزائي في المعاملات المالية والمصرفية، الجزء الأول، ص: ٢٦٠.

(٤) البخيت، محمود عبدالله، الشرط الجزائي في الفقه والقانون، مركز البحوث والدراسات في جامعة الشارقة، إصدارات سنة ٢٠٠٣، الجزء الأول، ص: ٣٠٠، وهو عبارة عن بحث مقدم في مؤتمر " دور المؤسسات المصرفية الإسلامية في الاستثمار والتنمية " المقام في الفترة ما بين (٧-٩) من شهر أيار عام ٢٠٠٢م، والذي عقدته كلية الشريعة والدراسات الإسلامية في جامعة الشارقة.

### واحتوى هذا الشرط المترتب على الإخلال على شقين:

شق جزائي يحتوي على عقوبة توقع على الطرف المخل، وشق استحقاقى للطرف الذي اشترط له كتعويض جراء ذلك الإخلال.

### وينقسم الشرط الجزائي إلى نوعين من الشروط<sup>(١)</sup>:

الأول: الشرط الجزائي المترتب على عدم تنفيذ الأعمال أو التأخر فيه، كالاتفاق في عقد المقاوله بين المقاول وصاحب العمل على أن يدفع المقاول مبلغا من المال إذا لم يتم بالعمل الذي تم التعاقد عليه أو تأخر فيه.

الثاني: الشرط الجزائي المترتب على تأخير الوفاء بالديون المالية عن آجالها كلياً أو جزئياً، كاشتراط مبلغ مالي مقترن بعقد بيع، الثمن فيه أجل، فإذا قصر المشتري في تسديد ما ترتب في ذمته من ثمن أجل جراء عقد البيع، ألزم بناء على الاتفاق المسبق على دفع مبلغ من المال جراء ما حصل منه من تقصير.

ويلحظ هنا أن محل الالتزام في العقد الأصلي في النوع الأول عبارة عن قيام بعمل أو امتناع عن عمل بينما النوع الثاني فمحل الالتزام فيه هو أداء مبلغ من المال في وقت محدد. والشرط الجزائي عموماً كما يقول الدكتور أحمد الحداد - من الشروط الجعلية التي للرأي فيها مجال واسع من حيث الصحة والبطالان، تبعا لملاءمتها لمقتضى العقد، أو عدم ملاءمتها، وكونها من مقتضيات العقد، أو منافية له<sup>(٢)</sup>.

قلت: أو حصول الربا المحرم وخاصة إذا كان الشرط الجزائي متعلقاً بالديون.

### موقع مقتضى العقد من الشرط الجزائي:

لوعدنا إلى طبيعة الشرط الجزائي حيث أنه استحقاق أو تعويض لطرف من أطراف العقد جراء إخلال الطرف الآخر بالتزاماته، وأنه شرط وضع سلفاً أو مقدماً في العقد عند إجرائه من أجل زيادة استيثاق لحق المشتري حتى يحمل الطرف الآخر على عدم الإخلال بواجباته والتي هي لمصلحة المشتري، وأن ما يترتب على هذا الشرط لا يستحق إلا عند الإخلال، فلو أن الطرف الذي كان الشرط ضده قام بالتزاماته ولم يخل فإن الشرط سيكون عندها كأنه لم يكن.

(١) انظر: الصواب، الشرط الجزائي في الديون، الجزء الأول، ص: ٢٨١.

(٢) الحداد، أحمد بن عبدالعزيز، الشروط الفقهية وتطبيقاتها على الشرط الجزائي في العقود والديون، مركز البحوث والدراسات في جامعة الشارقة، الشارقة، إصدارات ٢٠٠٣م، الجزء الأول، ص: ٣١٩. وهو عبارة عن بحث مقدم في مؤتمر " دور المؤسسات المصرفية الإسلامية في الاستثمارات والتنمية " الذي عقدته كلية الشريعة والدراسات الإسلامية في جامعة الشارقة في الفترة ما بين (٧-٩) من شهر أيار عام ٢٠٠٢م.

فبهذا الفهم سيجد الناظر أن الشرط الجزائي يدخل ضمن ما يعرف عند العلماء بالشرط التي هي من مصلحة العقد<sup>(١)</sup> كاشتراط الرهن أو الكفيل تماما، وهذا ما صرح به الدكتور الحداد حيث يقول: " وإذا نظرنا إلى وضع الشرط الجزائي من خلال هذه الشروط الجائزة أو الممنوعة المبطللة للعقد، أو المجوزة له معها نجد أنه يدخل في ضمن شرط ما يقتضيه العقد لأنه من مصلحته فهو كاشتراط الرهن والكفيل، لأنه حافظ لمن شرط عليه أن ينجز لصاحب الشرط حقه، كما لو رهنه في الثمن، أو كفله في المبيع"<sup>(٢)</sup>.

---

(١) ذكر هذا النوع من الشروط سابقا عند البحث في الشروط المقترنة بالعقد.  
(٢) الحداد، الشروط الفقهية وتطبيقاتها على الشرط الجزائي في العقود والديون، الجزء الأول، ص: ٣٢٧.

## الخاتمة

في خاتمة هذه الأطروحة فإن الباحث يسطر النتائج والتوصيات الآتية:

أولاً: قلة الدراسات - بل وربما ندرتها - التي جعلت مقتضى العقد موضوعها الرئيس، حيث أن معظم تلك الدراسات ذكر فيها المقتضى.

ثانياً: تبرز أهمية مقتضى العقد من كونه أحكام وضعها الشارع الحكيم وربط ثبوتها ووجوبها بالعقد.

ثالثاً: ثمة علاقة وثيقة بين مقتضى العقد وحكمه والحقوق والالتزامات الناشئة بالعقد والمترتبة عليه حيث تتقاطع تلك المصطلحات وتتداخل.

رابعاً: هناك ارتباط وثيق بين مقتضى العقد الذي يتحقق من خلاله قصد الشارع في العقد وبين الباعث المشروع الذي وجه إرادة العاقدين نحو العملية التعاقدية والرضا بما يترتب عليها من آثار، حيث أن الأول من وضع الشارع والثاني حاز على إذنه.

خامساً: الميدان الحقيقي والذي تظهر فيه نظرية مقتضى العقد بحجمها وقوة تأثيرها على العقود، هو الميدان الذي يبحث فيه سلطان الإرادة والحرية التعاقدية في الاشتراط.

سادساً: فقهاء المذاهب الأربعة العظام عندما بحثوا الشروط المقترنة بالعقد، أسسوا وسطروا بمداد نور فقهم معالم نظرية مقتضى العقد، حيث يجد الباحث في ذلك الموضوع من بحثهم تركيز واضح ورجوع بيّن لأحكام مقتضى العقد، وخاصة عند الاختلاف بين ما يثبته مقتضى العقد وما تثبته شروط العاقدين في العقد من أحكام.

سابعاً: إن فقهاء الحنابلة ومن معهم من فقهاء المالكية عندما أطلقوا حرية الاشتراط المقترن بالعقد، وانطلقوا من أساس أن الأصل في الشروط الإباحة فإنهم لم يبطلوا مقتضى العقد، وإنما بنوا قولهم على أساس فهم خاص لذلك المقتضى.

ثامناً: العقد بنيان قائم بذاته يستمد قوته من قوة وارتباط عناصره المكونة له، وعلى رأس هذه العناصر يأتي محله ومقتضاه.

تاسعاً: ثمة قوة ارتباط وتأثير متبادل يلف علاقة مقتضى العقد بالمعقود عليه، فلولا وجود المعقود عليه لتعطل تطبيق مقتضى العقد، ولولا التوافق بين أحكام المقتضى والمعقود عليه لما حاز الأخير على الإذن والقبول الشرعي.



عاشرا: عقود المعاوضات المالية عقود قائمة على التعادل والمساواة بين أطرافها، وأي خلل يصيب مقتضاها يعود عليها بالفساد والبطلان.

حادي عشر: تطبيق أحكام مقتضى العقد على عقود المعاوضات المالية ضمان لتحقيق الرضا المطلوب الذي تقوم عليه أسس التعاقدات الإنسانية.

ثاني عشر: وجود مقتضى العقد وتشكيله النظام الخاص لكل عقد يرتبط به برباط الوجود، يقترب كثيرا من فكرة وجود النظام العام في القوانين الحديثة سواء أكانت ذات مرجعية شرعية أو وضعية.

## التوصيات

أولاً: يوصي الباحث من أجل ديمومة أحكام مقتضى العقد في أحكام النظام العام والآداب، أن توجه إلى مقتضى العقد الدراسات والأبحاث وأن تبرز أهميته كميزان عدل، وكمطلق للرضائية إلى أقصى فضاءاتها وكحام لا يستغنى عنه من أجل استقرار المعاملات التعاقدية.

ثانياً: يوصي الباحث التركيز في الدراسات والأبحاث على مصدرية مقتضى العقد المرتبطة بوضع الشارع الحكيم الذي لا يحد علمه زمان ولا مكان.

ثالثاً: أن يواكب علماء الشرع حركة التجدد في العقود بتجديد في ميادين الاجتهاد، ومن أهم هذه الميادين ميدان مقتضى العقد.

## قائمة المراجع

### القرآن الكريم

- ١) أبا داود، سليمان بن الأشعث (ت ٢٧٥هـ)، سنن أبي داود، ط ١، ٥ مجلدات، (إعداد وتعليق عزت عبيد الدعاس وعادل السيد)، دار ابن حزم، بيروت، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.
- ٢) ابن فارس، أبو الحسين أحمد، معجم مقاييس اللغة، ط ١، (اعتنى به: محمد عوض مرعب وفاطمة محمد أصلان)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ٢٠٠١م.
- ٣) ابن القيم، أبو عبد الله بن أبي بكر بن أيوب، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ط ١، (قرأه وقدم له وعلق عليه وخرج أحاديثه وآثاره: أبو عبيده مشهور آل سليمان وشارك في التخريج: أبو عمر أحمد عبد الله)، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، ١٤٢٣هـ.
- ٤) ابن النجار، محمد بن عبد العزيز بن علي الفتوح الحنبلي، شرح الكوكب المنير المسمى بمختصر التحرير، ط ١، (تحقيق: محمد الزحيلي ونزيه حماد)، مكتبة العبيكان، الرياض، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.
- ٥) ابن الهمام، محمد بن عبد الواحد، شرح فتح القدير على الهداية، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م.
- ٦) ابن تيمية، تقي الدين أحمد، الفتاوى الكبرى، ط ١، (تحقيق وتعليق وتقديم محمد عبد القادر عطا ومصطفى عبد القادر عطا)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٧م.
- ٧) ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد (ت ٤٥٦هـ)، المحلى، ط ١، (تحقيق محمد الدمشقي)، إدارة الطباعة المنبرية، مصر، ١٣٥٠هـ.
- ٨) ابن رشد (الجد)، أبا الوليد محمد بن أحمد (ت ٥٢٠هـ)، مقدمات ابن رشد لبيان ما اقتضته المدونة من أحكام، ٥ مجلدات، دار الكتب العلمية، بيروت. ملاحظة: لم تحتوي هذه الطبعة على ذكر سنة الطبع.
- ٩) ابن رشد، أبا الوليد محمد بن أحمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط ٦، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م.

- ١٠) ابن عابدين، محمد أمين (ت ١٢٥٢هـ)، **رد المحتار على الدر المختار**، ط ١، ١٢ مجلد، (تحقيق محمد صبحي حلاق وعامر حسين)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٤١٩هـ-١٩٩٨م.
- ١١) ابن عبدالبر، أبو عمر يوسف بن عبد الله (ت: ٤٦٣هـ)، **الاستنكار**، ط ١، ٩ مجلدات، (علق عليه ووضع حواشيه: سالم محمد عطا ومحمد علي معوض)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.
- ١٢) ابن قدامة، أبو محمد عبد الله بن أحمد (ت ٦٢٠هـ)، **المغني على مختصر الخراقي**، ط ١، (ضبطه وصححه: عبد السلام محمد علي شاهين)، دار الكتب العلمية-بيروت-١٤١٤هـ-١٩٩٤.
- ١٣) .....، **الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل**، ط ١، ٤ مجلدات، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢١هـ-٢٠٠١م.
- ١٤) ابن مودود، عبد الله بن محمود (ت ٦٨٣هـ)، **الاختيار لتعليق المختار**، ط ١، مجلدين، (علق عليه وخرج أحاديثه عبد اللطيف محمد)، دار الكتب العلمية، بيروت.
- ١٥) ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي، **لسان العرب**، (٩) مجلدات، دار الحديث، القاهرة ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣.
- ١٦) أبو زهرة، محمد، **الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية**، دار الفكر العربي، بيروت.
- ١٧) الأزهرى، أبو منصور محمد بن أحمد (ت: ٣٧٠هـ)، **معجم تهذيب اللغة**، ط ١، (٤) مجلدات، (تحقيق: رياض زكي قاسم)، دار المعرفة للطباعة والنشر: بيروت، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م.
- ١٨) الألباني، محمد ناصر الدين (١٤٠٨-١٩٨٨م)، **صحيح سنن ابن ماجه**، ط ٣، ٣ مجلدات، (أشرف على طباعته والتعليق عليه وفهرسته: زهير الشاويش)، الرياض: مكتب التربية العربي لدول الخليج.
- ١٩) أنس، أبو عبدالله مالك، **الموطأ**، ط ١، مجلد واحد، (اعتنى به محمود بن الجميل)، مكتبة الصفا، القاهرة ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م.

- ٢٠) البخاري، أبو عبد الله محمد بن اسماعيل، **الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه، المعروف بصحيح البخاري**، (رقم كتبه وأبوابه وفقاً للمعجم المفهرس، تحقيق " تحفة الأشراف "، وضع فهارسه: محمد نزار تميم وهيتم نزار تميم)، شركة دار الأرقم بن الأرقم، بيروت.
- ٢١) البخاري، علاء الدين عبد العزيز بن أحمد (ت ٧٣٠هـ)، **كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلامى البزدوي**، ٤ مجلدات، دار الكتاب العربي، بيروت.
- ٢٢) البخيت، محمود عبدالله (٢٠٠٣)، **الشرط الجزائي في الفقه والقانون، الشارقة: مركز البحوث والدراسات في جامعة الشارقة.**
- ٢٣) البستاني، بطرس، **محيط المحيط، قاموس مطول للغة العربية**، بدون طبعة ولا دار نشر مجموعة كتب محمد العدناني.
- ٢٤) البناني، محمد بن الحسن بن مسعود (ت: ١٩٤هـ)، **الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني**، ط ١، ٨ مجلدات، (ضبطه وصححه وخرج آياته: عبد السلام محمد أمين)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م.
- ٢٥) البهوتي، منصور بن يونس بن ادريس ت (١٠٥١)، **دقائق أولي النهى لشرح المنتهى**، ط ١، (تحقيق: عبد الله بن محسن التركي)، مؤسسة الرسالة، ١٤٢١هـ، ٢٠٠٠م.
- ٢٦) التركماني، عدنان خالد (١٤٠١هـ - ١٩٨١)، **ضوابط العقد في الفقه الإسلامى**، ط ١، جدة: دار الشروق.
- ٢٧) الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة، **الجامع الصحيح**، وهو سنن الترمذي، ط ٢، (تحقيق وتخريج وتعليق: محمد فؤاد عبد الباقي)، شركة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م.
- ٢٨) الجرجاني، علي بن محمد، **معجم التعريفات**، (تحقيق ودراسة محمد صديق المنشاوي)، دار الفضيلة للنشر والتوزيع والتصدير، القاهرة.
- ٢٩) الجصاص، أبو بكر أحمد بن علي، **أحكام القرآن**، (تحقيق محمد الصادق قماوي)، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

- (٣٠) الجوهرى، أبو نصر إسماعيل بن حماد، **الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية**، (تحقيق: إميل بديع يعقوب ومحمد نبيل الطريفي)، دار الكتب العلمية، بيروت.
- (٣١) الجوهرى، إسماعيل بن حماد، **تاج العروس وصحاح اللغة العربية**، ط٤، (تحقيق أحمد عبد الغفور)، دار العلم، بيروت، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩.
- (٣٢) الجويني، أبو المعالي عبد الملك ت: ٤٧٨، **نهاية المطلب في دراية المذهب**، ط١، ١٤ مجلداً، (تحقيق محمد عثمان)، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٠.
- (٣٣) الحجاوي، شرف الدين أبو النجا موسى بن أحمد (ت: ٩٦٨ هـ)، **زاد المستقنع**، ط١، مجلد واحد، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ١٤٢٢ هـ - ٢٠٠٢.
- (٣٤) الحداد، أحمد بن عبد العزيز (٢٠٠٣م)، **الشروط الفقهية وتطبيقاتها على الشرط الجزائي في العقود والديون**، الشارقة: مركز البحوث والدراسات في جامعة الشارقة.
- (٣٥) حسين، أحمد فراج، **الملكية ونظرية العقد**، ط١، مؤسسة الرسالة الجامعية.
- (٣٦) الحسيني، محب الدين أبو فيض السيد محمد مرتضى، **تاج العروس من جواهر القاموس**، (دراسة وتحقيق: علي شيري)، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.
- (٣٧) الحصفكي، إبراهيم بن أحمد (١٠٨٨هـ)، **الدر المختار شرح تنوير الأبصار**، (دراسة وتحقيق: عادل أحمد وعلي محمد)، دار عالم الكتب، الرياض.
- (٣٨) الحصني، الإمام تقي الدين أبو بكر بن محمد الحسيني دمشقي (ت: ٨٢٩هـ)، **كفاية الأختار في حل غاية الاختصار**، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١.
- (٣٩) .....، **كتاب القواعد**، (تحقيق: جبريل بن محمد حسن البصلي)، ٤ مجلدات، مكتبة الرشد، الرياض.
- (٤٠) حيدر، علي، **در الحكام شرح مجلة الأحكام**، (تعريب المحامي فهمي الحسيني)، المطبعة العباسية، حيفا ١٣٤٣هـ - ١٩٢٥م.
- (٤١) الخرشي، محمد عبد الله بن علي (ت ١١٠١هـ)، **حاشية الخرشي علي مختصر سيدي خليل**، ط١، (ضبط وخرج آياته وأحاديثه: زكريا عميرات)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م.

- (٤٢) الدردير، أحمد بن محمد العدوي (ت: ١٢٠١هـ)، الشرح الكبير، ط١، (خرج آياته وأحاديثه: محمد عبد الله شاهين)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م.
- (٤٣) الدردير، أحمد بن محمد العدوي، الشرح الصغير، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥.
- (٤٤) الدريني، محمد فتحي (١٤١٤هـ - ١٩٩٤)، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي، ط١، بيروت: مؤسسة الرسالة.
- (٤٥) الدسوقي (ت: ١٢٣٠هـ)، محمد بن أحمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ط١، ٦ مجلدات، (خرج آياته وأحاديثه: محمد عبد الله شاهين)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م.
- (٤٦) الرازي، محمد بن أبي بكر عبد القادر، مختار الصحاح، ط١، (تدقيق وضبط عصام فارس الحرستاني)، دار عمار، عمان - الأردن، ١٤١٧هـ - ١٩٩٩م.
- (٤٧) الرعيني، أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن (ت: ٩٥٤هـ)، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ٨ مجلدات، (ضبط وخرج آياته وأحاديثه: زكريا عميرات)، دار عالم الكتب، الرياض، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م.
- (٤٨) الزحيلي، محمد (٢٠٠٣م)، الشرط الجزائي في المعاملات المالية والمصرفية، الشارقة: مركز البحوث والدراسات في جامعة الشارقة.
- (٤٩) الزحيلي، وهبة (١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م)، الفقه الإسلامي وأدلته، ط٣، دمشق، دار الفكر.
- (٥٠) الزرقا، مصطفى أحمد (١٤١٨هـ - ١٩٩٨م)، المدخل الفقهي، ط١، دمشق: دار القلم.
- (٥١) الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف بن أحمد (ت: ١٠٩٩)، شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل، ط(١)، ٨ مجلدات، (ضبطه وصححه وخرج آياته: عبد السلام محمد أمين)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م.

- ٥٢) الزركشي، بدر الدين محمد بن بهادر، المنشور في القواعد، الطبعة الأولى، (حققه: تيسير فائق أحمد محمود وراجعه: عبد الستار أبوغده)، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م.
- ٥٣) الزمخشري، جار الله أبو القاسم محمود بن عمر، أساس البلاغة، الطبعة ١، (قراءة وضبط وشرح: محمد طريقي)، دار صادر، بيروت، ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م.
- ٥٤) الزيبي، جمال الدين ابو محمد عبد الله بن يوسف (ت: ٧٦٢هـ)، نصب الرأية لأحاديث الهداية، دار القبلة للثقافة الاسلامية، جدة.
- ٥٥) السعد، أحمد محمد (١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م)، فقه المعاملات، إربد-الأردن: دار الكتاب الثقافي.
- ٥٦) سليم، عصام أنور (١٩٩٧م)، أسس الثقافة القانونية في نظريات القانون والحق والعقد، الدار الجامعية.
- ٥٧) السنهوري، عبد الرزاق، أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية.
- ٥٨) السنهوري، عبد الرزاق (١٩٦٨)، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، جامعة الدول العربية، معهد البحوث والدراسات العربية.
- ٥٩) السيوطي، جلال الدين عبدالرحمن (ت ٩١١هـ)، الأشباه والنظائر، ط ١، (تحقيق وتعليق وتخريج الأحاديث محمد محمد تامر وحافظ عاشور حافظ)، دار السلام، القاهرة، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م.
- ٦٠) الشاذلي، حسن علي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، دار الاتحاد العربي للطباعة.
- ٦١) الشاطبي، أبو اسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد (ت ٧٩٠هـ)، الموافقات، ط ١، ٦ مجلدات (ضبط: أبو عبيده مشهور حسن، دار ابن عفان)، السعودية، الخبر.
- ٦٢) شبير، محمد عثمان (١٤٢٣هـ، ٢٠٠٤م)، المدخل إلى فقه المعاملات المالية، الطبعة الأولى، عمان: دار النفائس.
- ٦٣) الشرنباصي، رمضان علي (٢٠٠٣)، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر.



- (٦٤) شلبي، محمد مصطفى (١٣٨٨هـ، ١٩٦٩م)، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، بيروت: دار النهضة العربية للطباعة والنشر.
- (٦٥) الشيرازي، إبراهيم بن علي، المذهب، ٢٣ مجلد، دار عالم الكتب، الرياض، ١٤٢٣هـ، ٢٠٠٣م، وهذه الطبعة معها شرحها وهو كتاب المجموع للإمام النووي.
- (٦٦) الصاوي، أحمد، بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٥هـ-١٩٩٥، ملاحظة: هذا الكتاب موجود في هامش الشرح الصغير للدريير.
- (٦٧) الصوا: علي محمد (٢٠٠٣)، الشرط الجزائي في الديون، الشارقة: مركز البحوث والدراسات في جامعة الشارقة.
- (٦٨) الصيفي، عبد الله علي محمود (١٤٢٦هـ، ٢٠٠٦م)، الجهالة وأثرها في عقود المعاوضات، ط١، عمان: دار النفائس.
- (٦٩) طلبه، أنور (٢٠٠٤م)، المطول في شرح القانون المدني، ط١، ١٤ مجلدًا، الإسكندرية: المكتب الجامعي الحديث.
- (٧٠) العوجي، مصطفى (٢٠٠٣)، القانون المدني، ط٣.
- (٧١) العيني، أبو محمد محمود بن أحمد، البناءة في شرح الهداية، ط٢، ١٢ مجلد، دار الفكر، بيروت، ١٤١١هـ - ١٩٩٠م.
- (٧٢) الغزالي، محمد بن محمد (ت: ٥٠٥هـ)، الوسيط في المذهب، ط١، ٧ مجلدات، (حققه وعلق عليه: أحمد محمود إبراهيم)، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م.
- (٧٣) الفراهيدي، الخليل بن أحمد (ت: ١٧٠هـ)، العين، ط١، ٤ مجلدات، (ترتيب - على حروف المعجم - وتحقيق: عبد الحميد الهنداوي)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.
- (٧٤) الفكهاني، حسن (١٩٧٩)، الوسيط في شرح القانون المدني الأردني، (تحت إشراف: عبد الباسط جميعي ومحمد سلام مذكور عبد المنعم حسني وعادل حتوت، القاهرة: الدار العربية للموسوعات.

- (٧٥) قدرى، محمد باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، دار الآفاق العربية، القاهرة، ١٤٢٤هـ.
- (٧٦) القشيري، مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، ط٣، دار الخير للطباعة والنشر، بيروت، ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م.
- (٧٧) قلعة جي، محمد رواس (١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩م)، المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الفقه والشريعة، ط١، بيروت: دار النفائس.
- (٧٨) الكاساني، علاء الدين أبو يكر بن مسعود (ت: ٥٨٧هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط١، ١٠ مجلدات، (تحقيق وتعليق: الشيخ علي محمد عوض والشيخ عادل عبد الموجود) - دار الكتب العلمية، منشورات محمد علي بيضون، بيروت، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.
- (٧٩) الكيلاني، عبد الله إبراهيم زيد، نظرية الباعث وأثرها في العقود والتصريفات في الفقه الإسلامي، (قدم هذا الكتاب لنيل شهادة الماجستير بإشراف الدكتور السراطوي)، الرصيفة، الأردن: مطابع وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية.
- (٨٠) الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب (ت: ٤٥٠هـ)، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي، ط١، ٩ مجلدات، (تحقيق الشيخ علي معوض والشيخ عادل عبد الموجود)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤.
- (٨١) مجمع اللغة العربية (١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م)، المعجم الوسيط، ط ٤، مصر: مكتبة الشروق الدولية.
- (٨٢) المرادوي، علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان (ت: ٨٨٥هـ)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ط١، ١٢ مجلد، دار إحياء التراث العربي، بيروت ١٤١٩هـ - ١٩٩٨.
- (٨٣) المرغيناني، علي بن أبي بكر، الهداية شرح بداية المبتدي، مطبوع مع شرح فتح القدير، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م.
- (٨٤) المصري، رفيق يونس (١٤١٣هـ - ١٩٩٣)، أصول الاقتصاد الإسلامي، ط٢، دمشق: دار القلم، والدار الشامية.

- ٨٥) المظفر، محمود (١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م)، نظرية العقد دراسة قانونية مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، جدة: دار حافظ للنشر والتوزيع.
- ٨٦) المنذري، أبو محمد عبد العظيم بن عبد القوي، مختصر سنن أبي داود، (تحقيق محمد حامد الفقي)، دار المعرفة، بيروت.
- ٨٧) نظام، الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية المعروفة بالفتاوى العالمية، ط ١، ٦ مجلدات، (ضبط وتحقيق عبد اللطيف حسن عبد الرحمن)، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.
- ٨٨) النووي، أبو زكريا محيي الدين بن شرف (ت ٦٧٦هـ)، كتاب المجموع شرح المهذب للشيرازي، ٢٣ مجلد، (حققه وعلق عليه وأكماله بعد نقصانه محمد نجيب المطيعي)، دار عالم الكتب، الرياض، ١٤٢٣هـ، ٢٠٠٣م.

# **THE PURPORT OF CONTRACT AND ITS APPLICATIONS IN THE FINANCIAL COMPENSATIONS CONTRACTS**

**By**

**Nizar Dawood Tawfiq Al-Bakkar**

**Supervisor**

**Dr. Ismail Abu Shari'a. Prof**

## **ABSTRACT**

The study addresses the purport of contract and the related terms such as the provisions of the contract and its rights, the motives of contract, and the consequent obligations. The study also addresses the principle of authority and how it links to the purport of the contract, in addition to the connection of the purport of contract and its relation to the contracted upon (subject of the contract). The study concludes with the effect of contract purport on financial compensations contracts while highlighting some models applied in this area.

The researcher reached a number of findings, the most important is that the presence of the purport of the contract and the formation of the special system for each contract associated with it is very close to the idea of existing a public order in the civil modern laws whether of legitimate or positive reference, so the researcher recommends the purport of contract be the focus of many studies and exact researches in the future so to remain important in contemporary studies and civil laws, especially that its provisions are set by the wise legislator in the contracts to protect the entire contractual process of imbalance of Justice.